UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

# L'AUTORISATION MARITALE

EN CE QUI CONCERNE

## LES BIENS DE LA FEMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

**Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon**

*Le jeudi 18 février 1904, à une heure et demie*

PAR

**François PÉZERAT**

*Président :* M. LOUIS-LUCAS, *professeur.*

*Suffragants* { M. DUVERDIER DE SUZE, *professeur.*
M. EUGÈNE GAUDEMET, *professeur.*

DIJON

IMPRIMERIE JOBARD

9, Place Darcy.

1904

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549808_0008

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

# L'AUTORISATION MARITALE

EN CE QUI CONCERNE

## LES BIENS DE LA FEMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

**Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon**

*Le jeudi 18 février 1904, à une heure et demie*

PAR

**François PÉZERAT**

*Président :* M. LOUIS-LUCAS, *professeur.*

*Suffragants* { M. DUVERDIER DE SUZE, *professeur.*
M. EUGÈNE GAUDEMET, *professeur.*

DIJON

IMPRIMERIE JOBARD

9, Place Darcy.

1904

# NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE


ACCARIAS. — *Précis de droit romain*, 4e édition, Paris, 1891.

AFTALION. — *La femme mariée, ses droits et ses intérêts*, Paris, 1899.

AUBRY et RAU. — *Droit civil français*, 4e édition, t. IV et V.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Des personnes*, t. II.

BEAUMANOIR. — *Les coutumes de Beauvoisis*, édition Beugnot, 1842.

BEUDANT. — *Droit civil français :* des personnes, t. I.

BOURJON. — *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, 1770.

BOUTEILLER. — *Somme rurale ou le grand coutumier général de pratique civil et canon*, édition Charondas.

BRIDEL. — *Le droit des femmes et le mariage*, Paris, 1893.

CHRESTIEN. — *La capacité civile de la femme mariée avant et depuis la loi du 6 février 1893*, thèse, Montpellier, 1897.

*Compte rendu du congrès international de la condition et des droits des femmes*, Paris, 1900.

DALLOZ. — *Recueil périodique de jurisprudence.*

DALLOZ. — *Répertoire de jurisprudence.*

DEMOLOMBE. — *Cours de droit civil*, t. IV.

DENISART (nouveau), par CAMUS et BAYART, Paris, 1783.

DUMOULIN. — *Les coustumes générales et particulières de France et des Gaules*, Paris, 1615.

DUNOD DE CHARNAGE. — *Observations sur la coutume de Bourgogne*, Besançon, 1756.

DURAND. — *La situation personnelle de la femme en face de l'autorité maritale*, thèse, Dijon, 1903.

FENÊT. — *Travaux préparatoires du Code civil*, t. I et IX.

*Gazette du Palais*, Recueil de jurisprudence et de législation.

GÉNY. — *Les biens réservés de la femme*, Paris, 1902.

GIDE. — *Etude sur la condition privée de la femme*, édition Esmein, Paris, 1885.

GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, t. IV, Paris, 1882.

KRUG. — *Le féminisme et le droit civil*, thèse, Nancy, 1899.

LAURENT. — *Principes de droit civil*, t. III. — *Avant-projet de revision du Code civil.*

LEBRUN. — *Traité de la communauté*, Paris, 1754.

LEDUC. — *La femme et les projets de lois relatifs à l'extension de sa capacité*, thèse, Paris, 1898.

LEFEBVRE. — *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, cours de 1898-1899, Paris, 1899; cours de 1899-1900, Paris, 1900.

LEHR. — *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les pays civilisés*, Paris, 1899.

LEROLLE. — *La capacité de la femme mariée*, thèse, Paris, 1898.

MARCADÉ. — *Eléments de droit civil*, t. I, Paris, 1842.

MILL (Stuart). — *L'affranchissement des femmes*, trad. Cazelles, Paris, 1869.

MORIZOT-THIBAULT. — *L'autorité maritale*, Paris, 1899.

*Pandectes françaises*, nouveau répertoire.

*Pandectes françaises*, Recueil de jurisprudence et de législation.

POTHIER. — *Œuvres*, édition de 1825.

*Réforme sociale.*

SÉCRÉTAN. — *Les droits de l'humanité*, 1890.

SIRAMY. — *L'autorisation maritale dans l'histoire du droit français*, thèse, Paris, 1901.

SIREY. — *Recueil des lois et arrêts.*

TURGEON. — *Le féminisme français*, Paris, 1902.

VINCENT et PENAUD. — *Dictionnaire de droit international privé.*

WEISS. — *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1890.

# INTRODUCTION

« Le contraste entre l'incapacité de la femme mariée et la capacité de la femme libre est un des traits les plus originaux et les plus caractéristiques du droit moderne (1). » La femme majeure jouit d'une capacité civile égale à celle de l'homme ; elle est libre de gérer sa fortune comme elle l'entend ; elle peut même la dissiper. Mais du jour où elle contracte mariage, cette indépendance cesse ; dès lors elle a besoin du concours de son mari ou de la justice, dans une infinité de circonstances, pour prendre part aux actes de la vie civile. Une telle législation devait provoquer de violentes attaques à une époque éprise d'égalité comme la nôtre : des orateurs, des écrivains s'indignent de voir une nation, qui a toujours été à la tête de la civilisation, mesurer encore le droit de l'individu à sa

(1) Gide. *Etude sur la condition privée de la femme*, édit. de 1885, p. 423.

force et maintenir la femme dans une condition inférieure, au grand détriment de la société tout entière. « L'humanité n'a pas jusqu'ici connu le bonheur, parce que le biceps vainqueur du mâle a enserré la femme, l'a annihilée et que son âme s'est nouée, alanguie et rapetissée (1). » On veut arracher la femme à cette situation avilissante : l'opinion publique, l'éducation, les mœurs se transforment constamment, le Code civil ne répond plus aux idées nouvelles, qui font des deux époux « deux unités indépendantes, moins unies que juxtaposées (2) ». La femme ne veut plus être dépendante ; l'autorité maritale est furieusement battue en brèche. Et pourtant cette autorité est un résultat des tendances séculaires de notre pays, une institution inconnue dans l'antiquité, où la femme est réellement considérée comme un être inférieur : c'est « aujourd'hui pour nous la plus importante création de notre coutume française, puisque c'est surtout dans le droit des gens mariés que la société du moyen âge s'est fait et nous a transmis des institutions neuves, étrangères et supérieures au droit romain (3) ».

Les progrès des idées modernes nous obligent-ils à rejeter cette création de nos coutumes ? Le Code civil, en cherchant à unir les patrimoines des époux, n'a-t-il amené que l'oppression de la

(1) Congrès féministe de 1900. Cité dans la *Réforme sociale*, 1901, t. II, p. 267.

(2) Turgeon. *Le Féminisme français*, t. II, p. 100.

(3) Lefebvre. *Introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, cours de 1898-1899, p. 2.

femme ? Avant d'essayer de trancher cette question, nous devons examiner les origines de l'autorisation maritale, pour pouvoir déterminer son véritable caractère ; puis nous étudierons cette institution dans l'état actuel de notre législation ; nous verrons comment les autres peuples civilisés conçoivent la capacité de la femme mariée : nous pourrons alors, en terminant, discuter les réformes proposées pour ouvrir un champ d'expansion plus ou moins large à l'activité de la femme mariée.

## CHAPITRE PREMIER

### Les origines de l'autorisation maritale.

L'histoire des premiers âges est des plus obscures et nous ne la connaissons que par des traditions conservées par les peuples et recueillies après bien des siècles ; de ces récits plus ou moins fabuleux, il résulte qu'aux époques reculées, les rapports entre les deux sexes ne sont réglés ni par les lois, ni par les mœurs ; c'est le règne de l'amour libre que les féministes les plus avancés nous présentent aujourd'hui comme le dernier terme de la civilisation ; les enfants sont attribués au hasard. Il y a des groupes d'individus, mais la société ne peut s'organiser que quand la famille apparaît : du jour où l'homme, renonçant à la vie nomade, s'attache au sol, il se forme des liens solides entre les membres de la même famille : l'homme s'inquiète de ses enfants. « Le désir d'une postérité, tel a été, dans toute l'antiquité, le premier mobile du mariage, le premier sentiment qui ait imprimé à l'union des

deux sexes un caractère moral et une forme régulière (1). »

Cette première union est basée sur la force selon les mœurs de l'époque ; la femme passe aux mains de son mari par un rapt ; dès lors elle est assimilée à un prisonnier, à une chose ; aussi, dans tous les pays, les premiers législateurs sont-ils pleins de mépris pour la femme, dont ils font l'esclave du mari, en admettant la polygamie et la répudiation.

Peu à peu, à mesure que les mœurs s'adoucissent, on voit naître la condition juridique de la femme : la force étant de moins en moins la source de toute autorité, la personne de la femme se distingue de celle de son mari. Cette évolution se retrouve chez tous les peuples, différente selon les climats, plus ou moins rapide selon l'organisation des États (2). Il est inutile de l'étudier dans toutes les législations, mais nous ne saurions nous borner à l'étude du droit français, en commençant aux invasions des Barbares : à ce moment le mariage existait déjà depuis des siècles comme union monogame chez les Germains comme chez les Gallo-Romains et nous ne pouvons passer sous silence les législations qui ont eu une influence directe sur notre droit : 1° la tradition romaine ; 2° la tradition germanique.

Les Romains, peuple militaire, avaient introduit « dans leurs lois la discipline et la rigueur des

---

(1) Gide. *Etude sur la condition privée de la femme*, édit. de 1885, p. 21.

(2) L'Egypte est le premier pays où l'on trouve l'indépendance complète de la femme vis-à-vis de son mari. — *Grande Encyclopédie*, v° Egypte, p. 676.

camps (1) ». Le *paterfamilias* est le chef absolu de la famille ; il la compose même à son gré par les adoptions et les émancipations ; de là cette parenté toute artificielle des agnats, la seule admise aux origines, qui ne tient aucun compte du lien du sang.

Tant que dure la puissance paternelle, il ne peut donc y avoir de différence entre les enfants et les deux sexes ne peuvent qu'être égaux. Mais à la mort du *paterfamilias,* cette égalité cesse ; le fils sort de puissance et devient pleinement capable ; au contraire la fille ne fait que changer de maître : comme chez tous les peuples antiques, elle est en tutelle perpétuelle. Tandis que certains législateurs, ceux de la Grèce par exemple, ne voient là qu'un moyen de protéger la femme trop faible pour se diriger seule, les Romains n'ont pour but que le bien de l'Etat ; il s'agit pour eux de maintenir les biens dans les familles, et l'on confie la tutelle de la femme aux agnats les plus proches, à ceux qui, appelés à hériter d'elle, ont le plus d'intérêt à empêcher la dispersion de ses biens.

La situation de la femme change, si elle contracte mariage. Le droit civil romain présente deux sortes d'union bien différentes dans leurs effets : le mariage *cum manu* et le mariage *sine manu.* Le premier semble avoir existé seul dans le droit primitif, car les deux anciennes formes solennelles de mariage, la *coemptio* et la *confarreatio,* entraînent toujours la *manus.* Dans ce cas, la femme entre comme une fille dans la famille de son mari : s'il est *sui juris,* il a

(1) Morizot-Thibault. *L'autorité maritale,* p. 12.

sur les biens de son épouse les mêmes droits que sur ceux de ses enfants, il les acquiert en bloc par le seul fait du mariage ; la personnalité juridique de la femme est absorbée dans celle de son mari ; s'il est *alieni juris,* elle tombe sous la puissance du même *paterfamilias.* La *manus* n'a donc aucun rapport avec notre conception moderne de l'autorité maritale ; ce n'est qu'une application de l'autorité absolue du père sur toute la famille.

Cette absorption complète de la femme dans une nouvelle famille, où elle se trouve sans droit, devait présenter de graves inconvénients et de bonne heure on songe à prévenir ces résultats. La *manus* étant créée par le droit civil, on arrive vite à la distinguer du mariage lui-même qui est un fait ; on admet que la *manus* peut cesser par une émancipation, tandis que le mariage subsiste ; à l'inverse, la répudiation ne détruit pas la *manus,* ce n'est encore au temps de Gaius qu'une juste cause de demander l'émancipation. Le mariage *sine manu* existe dès la loi des Douze Tables qui donne le moyen d'éviter la *manus* par une interruption de cohabitation ; c'est une puissance que l'on peut ajouter au mariage, mais qui n'est pas une conséquence forcée. De là une grande différence dans la situation de la femme ; au lieu de briser tous les liens d'agnation, le mariage *sine manu* laisse la femme dans son ancienne famille ; elle reste *sui juris* ou en puissance, selon sa situation avant le mariage ; le mari n'a en principe aucun pouvoir sur la personne ou sur les biens de la femme ; les patrimoines des deux époux restent distincts comme ceux de deux étrangers. Par la force des choses, il fallait

cependant apporter des tempéraments à cette séparation absolue : chacun doit contribuer aux charges du ménage ; le mari peut recevoir une dot en toute propriété ; les donations sont prohibées entre les époux ; l'un deux ne peut intenter contre l'autre une action infamante, ni le faire condamner que *quatenus facere potest.* Au point de vue moral, on leur reconnaît des droits et des devoirs : le mari doit la protection, la femme le respect.

Les deux formes de mariage subsistèrent pendant toute la république ; mais peu à peu, à mesure que la vieille constitution romaine se transformait, le mariage *cum manu* avait un domaine de plus en plus restreint : au début de l'Empire, il a disparu à peu près complètement.

La condition de la femme mariée *sine manu* se transforme aussi ; elle échappe à la puissance de son père qui est contraint de la marier, de la doter et qui ne peut rompre le mariage une fois conclu ; elle échappe à la juridiction de son mari : le tribunal domestique a disparu ; il est remplacé par le juge de droit commun, auquel le mari est soumis aussi bien qu'elle. Quant à la dot, le mari peut en percevoir les revenus pendant le mariage pour subvenir aux charges du ménage ; mais la loi Julia, *De adulteriis et de fundo dotali,* déclare nulle toute aliénation d'un immeuble dotal passée sans le consentement de la femme (1). Grâce à cette disposition, au jour de la dissolution du mariage et quelle qu'en soit la cause, la femme est assurée de retrouver intacte la dot

(1) Gaius. *Commentaires,* II, § 63.

immobilière qu'elle a apportée et de pouvoir contracter une nouvelle union. Ainsi la femme, devenue propriétaire de la dot, administrant elle-même ses paraphernaux par suite de la disparition de la tutelle perpétuelle, libre de contracter, acquiert une indépendance d'autant plus grande qu'on prit l'habitude de limiter de plus en plus la dot au profit du paraphernal.

Ce régime sépare complètement les époux; il « blesse surtout cette unité, cette communication indivisible de toutes les choses de la vie, qui est un des principaux caractères du mariage; le lien des affections peut se relâcher, parce qu'il n'est plus soutenu par celui des propriétés, et la société domestique peut être troublée, parce qu'elle manque d'une autorité commune dans un de ses points essentiels (1) ». L'histoire nous montre, en effet, quels furent les résultats de cette séparation dans les ménages romains. Dans les premiers temps de Rome, la femme s'occupe des choses de sa maison ; elle élève ses fils dans la pratique des vertus antiques; elle n'a aucun droit civil : après avoir été soumise à son père, elle est soumise à son mari, et pourtant elle est entourée de respect et d'honneur, les plus puissants ne peuvent impunément l'outrager, la chute des Tarquins et celle des décemvirs en sont des preuves éclatantes. Au contraire, quand la femme a obtenu son indépendance, quand elle s'est affranchie de toute soumission conjugale, elle

(1) Gillet. *Rapport au Tribunat sur la discussion du chapitre VI.* — Fenêt. *Op. cit.*, t. IX, p. 195.

devient de plus en plus corrompue; elle ne se distingue plus par son héroïsme ou par ses vertus, mais par les scandales auxquels elle est mêlée; les divorces, restés inconnus pendant cinq cents ans, se multiplient et « le célibat parut à l'homme sage l'asile unique où put se réfugier sa dignité (1) ».

Il fallut bientôt restreindre la liberté trop grande de la femme. On lui interdit les actes contraires à la réserve qui convient à son sexe, *ne virilibus officiis fungantur mulieres;* dès Auguste, certains édits lui défendirent de s'obliger pour son mari ; « la jurisprudence fut plus radicale : sans distinguer si la femme est mariée ou non, ni si elle s'engage pour son mari ou pour un tiers, elle annula l'*intercessio* d'une façon absolue (2) ». Le sénatus-consulte velléien généralisa la jurisprudence antérieure en défendant à la femme de s'obliger pour autrui, et ses termes ne laissent aucun doute sur le motif qui a fait admettre une telle prohibition : « On a cherché à amoindrir le rôle de la femme dans la vie civile en l'obligeant à se renfermer dans le cercle de ses propres affaires (3). » C'est par suite de la même idée qu'il fut interdit à la femme de postuler pour autrui ou de recevoir une *procuratio ad litem,* d'intenter une accusation pour un crime qui ne l'atteint pas personnellement, d'être témoin dans une mancipation, et si la loi ne lui défendait pas de paraître en justice pour son compte, les mœurs ne le lui

---

(1) Morizot-Thibault. *Op. cit.*, p. 20.
(2) Accarias. *Précis de droit romain*, t. II, p. 211.
(3) Petit. *Traité élémentaire de droit romain*, p. 317.

permettaient pas (1). Enfin Justinien lui retira le droit d'aliéner le fonds dotal dont elle est propriétaire (2). Mais toutes ces restrictions de capacité sont inspirées par une idée de défiance à l'égard de la femme; elles n'impliquent aucune subordination due par l'épouse au mari; celui-ci n'apparaît nulle part comme le chef légal de la vie domestique. « Ce mari qui se trouve investi comme *paterfamilias* d'un si grand pouvoir sur ses enfants, n'a pas de véritable puissance, ni autorité sur sa femme, qui, d'ailleurs, peut le répudier pour toute gêne et à toute heure (3). » Un texte mentionne cependant que la femme est tenue de la *reverentia* envers son mari (4), mais cette expression vague ne semble pas avoir eu une grande portée juridique; sous l'Empire, l'indépendance réciproque a fait le fond du mariage romain.

Quand les moralistes des diverses écoles cherchent à relever la pensée publique « visant à orienter et à diriger vers le mieux, aux seules lumières de la raison, cette société demeurée sans croyances... il est visible qu'ils ont bien peu songé à retracer une doctrine et une morale sur le mariage lui-même (5) ». Au contraire, le christianisme se porte, dès l'origine, sur cette question, pour tenir un langage bien plus énergique que celui des stoïciens; il relève la condi-

---

(1) Accarias. *Op. cit.*, t. II, p. 211, note 3.
(2) L. I, § 15, Code, l. V, tit. XIII.
(3) Lefebvre. *Introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, cours de 1899-1900, p. 160.
(4) L. XIV, § Ier ; D. 24, 3.
(5) Lefebvre. *Op. cit.*, p. 153.

tion de la femme, non seulement en établissant l'indissolubilité du mariage, mais en unissant les deux époux par des devoirs mutuels; il proclame l'égalité des deux sexes, et l'autorité maritale n'est plus qu'un devoir d'affection et de dévouement, la femme, placée à côté de l'homme, est associée à ses honneurs comme à ses travaux.

Le christianisme transformait le mariage en resserrant l'union des époux, mais il n'était pas dans son rôle d'étendre cette union aux biens des conjoints : il laissa subsister le régime dotal, qui établit dans le ménage deux administrations complètement étrangères l'une à l'autre; pourtant il est naturel que l'union dans les biens suive l'union des personnes qu'elle rend plus intime et plus durable. A l'époque de Constantin, on voit des femmes donner à leurs maris mandat général d'administrer leurs biens (1); plus tard, dans une loi de Théodose et de Valentinien, on lit qu'il *est bon que la femme qui se met elle-même sous la conduite de son mari, lui laisse aussi le gouvernement de ses biens* (2). Mais ce sont les seules traces que nous trouvons, dans les dernières lois romaines, de rapprochement entre les patrimoines; l'idée d'association qui fait la base du mariage en France, ne s'est donc pas fait jour en droit romain, et c'est ailleurs que nous devons en chercher l'origine.

Certains auteurs ont voulu trouver cette origine

---

(1) Siramy. *L'autorisation maritale dans l'histoire du droit français*, thèse, p. 10.

(2) L. VIII, Code, l. V, tit. XIV.

de nos institutions matrimoniales dans les coutumes gauloises (1) ; celles-ci auraient subsisté sous la domination romaine, assez vivaces pour reparaître dans le tumulte des grandes invasions (2). Malheureusement aucune preuve ne vient appuyer cette perpétuité du droit celtique ; nous n'en trouvons aucune trace dans les récits de ces époques troublées : sans doute le fond de notre population est resté gaulois de race, de tempérament, de caractère, mais ces tendances ne suffisent pas pour rattacher les coutumes du moyen âge aux anciens usages celtiques et cependant « c'est une préoccupation dont on reste hanté que de savoir si l'âme gauloise, délivrée de certaines empreintes du génie et du joug romain, ne s'est pas rencontrée en harmonie meilleure avec la race des Francs pour recueillir et développer l'inspiration chrétienne : cette inspiration faite de sentiment comme de raison, d'où est sortie notre coutume française des gens mariés ainsi que beaucoup du génie français au moyen âge (3) ».

Les coutumes des Germains qui occupèrent la Gaule ont eu au contraire une influence plus directe ; apportées par les conquérants, elles furent, dans certaines parties de la France, propagées par

---

(1) Plutarque vante l'influence des femmes en Gaule et en cite plusieurs exemples. — *Les vertueux faits des femmes*, traduction d'Amyot, t. II, p. 233.

(2) La communauté de biens entre les époux semble par exemple avoir existé en Gaule. — Amédée Thierry. *Histoire des Gaules*, t. I, p. 474.

(3) Lefebvre. *Op. cit.*, p. 267.

la force ; dans d'autres, conservées par la personnalité des lois. Malheureusement, ces coutumes nous sont peu connues ; elles nous sont généralement rapportées déjà mélangées du droit des Gallo-Romains, déjà influencées par le christianisme et le fond original est difficile à saisir. Avant les invasions, Tacite est le seul à les exposer avec quelques détails : il montre le respect dont les femmes sont entourées en Germanie, leur influence dans les affaires publiques, il dépeint la sévérité des mœurs, mais sans fournir d'indication précise sur le droit privé. Sans doute, la femme est en tutelle perpétuelle, ce qui est naturel dans une nation guerrière constamment en armes, où l'on ne sait « faire valoir ses droits qu'avec la lance et la framée », mais le pouvoir domestique n'est pas comme à Rome concentré entre les mains d'un seul, « il se répand et se partage entre tous les membres de la famille capables de manier les armes (1) ». Dans le conseil, sous le mundium duquel se trouve la femme mariée, ses parents sont à côté de ceux de son mari ; elle est protégée par ses frères qui ne craignent pas de provoquer le mari s'il a commis quelque injustice à l'égard de sa femme. Celle-ci n'est pas considérée comme un être inférieur ; son incapacité vient d'une faiblesse physique et non pas d'une prétendue faiblesse intellectuelle ; la monogamie lui donne son rang dans la famille et elle a droit à la fidélité de son conjoint : l'adultère du mari est sans doute

(1) Gide. *Op. cit.*, p. 198 et suiv.

moins puni que celui de la femme, mais il n'est pas sans répression.

C'est que la femme a une personnalité : en fait, elle ne peut agir par elle-même, mais elle peut choisir qui agira pour elle. Elle hérite de ses parents et possède un patrimoine distinct de celui du mari. Mais il y a entre les conjoints une association de travaux et de périls ; cette idée est marquée par les présents que le mari offre au moment du mariage à titre de dot : des bœufs attelés, un cheval avec son frein, des armes. Par suite, la femme ne peut, sans autorisation, aliéner ses biens ; son mari les administre et peut disposer des meubles ; s'il vend un immeuble, la femme ne peut le revendiquer contre l'acquéreur ; elle a seulement le droit d'en reprendre la valeur à la dissolution du mariage. Du jour où la femme eut une part dans les économies réalisées, l'association fut complète ; la communauté était fondée.

Les grandes invasions apportèrent dans le nord de la Gaule la tutelle des femmes, telle qu'elle existait chez les Germains (1), mais les mœurs s'adoucissant rapidement sous l'influence du christianisme, cette institution fut bientôt considérée non comme un droit, mais comme une charge pour le tuteur :

---

(1) Nous devons signaler l'opinion contraire de M. Lefebvre : *Introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, cours de 1899-1900, p. 397 ; à son avis, lors des invasions, le mundium perpétuel avait disparu chez les Francs, les Burgondes et les Visigoths, mais s'était maintenu chez les Lombards, les Saxons et les peuples scandinaves : il admet cependant l'existence d'une suprématie du mari basée sur l'état de fait plutôt que sur une coutume juridique.

Charlemagne ordonne de remplacer les mauvais tuteurs et proclame que c'est à lui de protéger les faibles et les incapables (1).

Dans les désordres qui suivent, la souveraineté s'émiette et, peu à peu, avec les changements dans la constitution de la France, la tutelle se transforme ; au moment de disparaître complètement pour la femme non mariée, fille ou veuve, elle devient pour elle particulièrement dure. Dans la hiérarchie des terres qui caractérise le système féodal, le fief est concédé à charge de service militaire ; la fille ou la veuve ne pouvant le fournir, le suzerain prend en représentation la tutelle de sa vassale : comme tuteur, il n'a pas seulement la jouissance des biens de sa pupille, il possède les meubles en toute propriété ; la vassale en tutelle ne peut se marier sans le consentement de son seigneur et tant qu'elle n'a pas soixante ans, il peut l'obliger à se marier en lui présentant plusieurs prétendants à choisir ; c'est qu'en effet le seigneur est intéressé à ce que le fief soit représenté par un bon chevalier, qui puisse accomplir les services imposés au vassal. Le seigneur a bientôt les mêmes droits sur la fille du roturier établi sur ses domaines, car le mainmortable doit lui aussi « de grands services de corps et de bras » dont la femme est incapable.

Cette tutelle, excessivement dure, est violemment attaquée par les jurisconsultes et les canonistes : reprenant la tradition carolingienne, le roi revendique, comme une de ses attributions, « la garde

(1) Morizot-Thibault. *De l'autorité maritale*, p. 31.

des veuves et pupilles », et à mesure que le pouvoir royal se fortifie, sa protection s'étend sur les femmes qui n'ont ni mari, ni parents pour les défendre. Le droit de garde du seigneur se réduit à des redevances pécuniaires fixées par les ordonnances ou par la coutume ; peu à peu toute incapacité disparaît ainsi pour la fille et pour la veuve ; dès le treizième siècle, on leur reconnaît les mêmes droits civils qu'aux hommes pour gérer leur patrimoine, contracter, plaider.

Au contraire, la femme mariée reste sous la puissance de son mari ; c'est donc à ce moment que se dégage le principe de l'autorité maritale, telle qu'elle existe aujourd'hui : la femme jouit d'une indépendance complète en tant que femme ; le droit ne fait pas de différence à raison du sexe, mais du jour où elle se marie, l'incapacité commence, elle passe sous l'autorité de son mari. Dès lors, cette incapacité n'a pas pour base l'*imbecillitas sexus* dont parlent les anciens auteurs latins et qui s'appliquerait à toute femme mariée ou non ; on a en vue, à côté du respect dû au mari, l'ordre dans le ménage : le mariage comprend, outre l'association des âmes, une association de patrimoines que réalise la communauté ; dans une union aussi étroite, il faut une autorité et il est naturel que cette autorité revienne au mari.

La personnalité de la femme n'est pas anéantie : par suite de l'expansion du régime de communauté dans le nord de la France, le mari a le plus souvent l'administration de ses biens, mais la femme devient une véritable associée, intéressée pour

moitié à la prospérité du patrimoine commun et investie d'un certain droit de collaboration ; l'institution du douaire oblige le mari à obtenir le consentement de sa femme pour l'aliénation de ses propres et celle de ses acquêts ; en fait, on la voit même figurer dans la plupart des actes d'acquisition du mari.

Cependant, celui-ci reste le chef de l'association, son autorisation est exigée à peine de nullité toutes les fois que la femme veut contracter un engagement quelconque ; cette autorité lui est nécessaire pour diriger, d'une façon suivie, les intérêts communs.

Du moment que la dépendance de la femme n'est pas basée sur une présomption d'inexpérience, mais sur une idée d'unité de direction résultant du régime de communauté, elle doit reprendre l'intégralité de ses droits, quand le mari ne peut ou ne veut remplir son devoir de chef ; elle reprend sa place en vertu d'un droit propre et hors de toute idée de mandat : il en sera ainsi quand le mari est fou ou absent, ou s'il abandonne volontairement sa prérogative, même si tacitement il s'en remet à sa femme de l'administration, « s'il est aperte cose qu'il ne se melle de riens et que la feme fait et mainburnist toutes les coses qui a eus appartient (1) » ; s'il est incapable, par exemple s'il est mineur, l'autorisation qu'il donne valide les actes de sa femme majeure.

Mais, d'autre part, si le mari est présent et sensé,

(1) Beaumanoir. *Op. cit.*, ch. XLIII, n° 28.

il a toute-puissance sur la femme et, au début, on n'admet aucun recours possible contre ses décisions, fussent-elles injustifiées et sans fondement ; cette exagération de l'autorité maritale ne peut se maintenir et la femme, lésée par le refus injuste du mari, peut obtenir des lettres du Prince pour agir « nonobstant son mari (1) ». Cette mesure exceptionnelle est d'abord limitée aux actes judiciaires ; pour tous les contrats, la puissance du mari reste pleine et entière (2). Cette solution se conçoit : le juge autorisant la femme à plaider, peut exercer une surveillance constante, car le procès se déroule devant lui ; ce contrôle étant bien plus difficile dans un contrat, les jurisconsultes hésitent à porter atteinte sur ce point aux droits du mari ; pourtant la théorie s'étend bientôt et la femme trouve dans le juge un appui contre la tyrannie du mari, aussi bien pour les contrats et obligations que pour les actes judiciaires (3). C'est là une grande amélioration.

De la théorie de la toute-puissance du mari, on tire cette autre conséquence que lui seul peut attaquer l'acte fait par sa femme sans son assistance ; après sa mort, l'acte est inattaquable. Par suite du même principe, la femme peut, avec l'autorisation du mari, faire tous les actes juridiques, même

---

(1) Bouteiller. *Somme rurale*, l. I, t. IX, édit. de 1603, p. 42.

(2) Bouteiller. *Op. cit.* — Guy-Coquille. *Institution du droit français*, édit. de 1646, p. 75.

(3) Cependant, au dix-huitième siècle, Renusson (*Traité de la communauté*, n° 37) et Guyot (*Répertoire*, v° Autorisation, sect. VIII) donnent la question comme encore débattue entre les jurisconsultes.

s'engager pour autrui, ce que le sénatus-consulte velléien lui défendait dans les pays soumis au droit romain.

Ces pays étaient encore nombreux en France ; les provinces du Midi avaient à peu près totalement échappé à l'influence des conquérants du Nord et restaient sous l'empire des lois romaines, telles que nous les avons vues à la fin de l'Empire : la femme, jouissant d'une capacité juridique complète, limitée par le seul sénatus-consulte velléien, et disposant intégralement de ses biens paraphernaux ; le mari n'ayant que la jouissance de la dot, inaliénable même du consentement des deux époux.

Ce droit ne resta malheureusement pas limité aux pays du Midi ; les jurisconsultes du Nord se prirent d'admiration pour cet ensemble imposant, précis et logique, qu'ils qualifiaient de « raison écrite » et, dès le quatorzième siècle, cherchèrent à l'infiltrer peu à peu dans les coutumes, introduisant ainsi un esprit étranger qui altérait complètement le sens du droit national. Cela leur fut d'autant plus facile que, malgré l'ordonnance de Montils-les-Tours, rendue par Charles VII, en 1453, la rédaction des coutumes ne fut guère achevée qu'à la fin du seizième siècle.

C'est en vain que Pasquier fait entendre d'éloquentes protestations : « Il est désormais temps qu'ostions cette folle appréhension qui occupe nos esprits, par laquelle mettons sous nos pieds ce qui est du vrai et naïf droit de la France, et réduisons tous nos jugements aux jugements des Romains, ne nous advisans pas que tout ainsi que Dieu nous voulut séparer de l'Italie par un haut entrajet de

montagnes, aussi nous sépara-t-il presqu'en toutes choses, de mœurs, de lois, de nature et de complexions... (1) » Les doctrines des vieux coutumiers sont attaquées de tous les côtés : « Droit haineux est le droit qui, par le moyen de la coutume du pays, est contraire au droit écrit (2) », déclare Bouteiller dès le quatorzième siècle. C'est dès lors dans le droit romain que les jurisconsultes cherchent la base de toute prescription; chacun veut assimiler une institution française à une ou plusieurs institutions romaines. Sans vouloir remarquer l'abîme qui sépare l'organisation de la famille en France et sa conception artificielle à Rome, l'union des patrimoines sous le régime de communauté et la séparation des intérêts dans le régime dotal, pour justifier la nécessité de l'autorisation maritale que le droit romain n'a jamais connue, ils reprennent l'explication donnée du Velléien par les auteurs romains, l'*imbecillitas sexus,* la faiblesse d'esprit de la femme.

Le mouvement fut encore renforcé par l'influence du droit canonique; oubliant que la doctrine chrétienne proclame l'égalité entre les sexes, mais pleins de mépris pour la femme qui a perdu le genre humain, les juristes, pénétrés de droit canon, se basèrent sur les mots de la Bible : « *Sub viri potestate eris* (3) », pour faire de la femme un être inférieur. Ce « n'est plus cet être vénéré pour lequel le

---

(1) Cité par Siramy. *L'autorisation maritale dans l'histoire du droit français,* p. 75.

(2) *Somme rurale,* p. 3.

(3) *Genèse,* ch. III, v. 16.

Germain a une sorte de culte, que chantaient les trouvères, et dont le chevalier du moyen âge portait avec gloire les couleurs. On lui trouve mille défauts natifs et irrémédiables; elle est avare, mauvaise de sa propre volonté, jongleresse; elle est fausse, fait toujours le contraire de ce qu'on lui commande, elle est caute et malicieuse (1). » Il devient de mode de la charger de tous les défauts et de toutes les iniquités (2), et, rejetant les principes traditionnels, les juristes furent naturellement portés à faire de la femme mariée une faible d'esprit (3) qui ne saurait avoir une personnalité entière.

Suivant logiquement les conséquences de cette idée, Dumoulin déclare la femme mariée en état d'incapacité et non seulement de dépendance : il lui faut donc, pour contracter, l'autorisation spéciale et expresse que le tuteur romain donnait au pupille; si le mari ne peut assister sa femme, par exemple s'il est absent, la femme doit obtenir l'autorisation de justice ; même, après de vives discussions, la jurisprudence du Parlement de Paris adopte une dernière conséquence du nouveau système : le mari mineur ne peut autoriser sa femme à s'engager dans un contrat; la seule ressource, en ce cas, est l'autorisation du juge. Celui-ci n'a plus pour seul rôle d'empêcher les abus que le mari peut faire de son

(1) Lerolle. *La capacité de la femme mariée*, thèse, p. 21.

(2) V. *Le songe de Verger*, l. I, ch. CXLVII; cité dans Gide, *op. cit.*, p. 461, et Argentré. *Coutume de Bretagne : Des mariages*, art. 410.

(3) Chasseneuz. *Coutume de Bourgogne*, t. III, § V, n° 29 :

*Quid levius fumo ? Flamen. Quid flamine ? Ventus.*
*Quid vento ? Mulier. Quid muliere ? Nihil.*

autorité, il doit nécessairement intervenir toutes les fois que l'autorisation fait défaut, car la femme agissant seule n'a jamais une capacité suffisante, et l'autorisation est toujours nécessaire. Si elle manque, l'acte, étant passé par une incapable, est nul, et la nouvelle théorie donne non seulement au mari, mais à la femme et à ses héritiers, le droit de se prévaloir de la nullité de l'acte accompli sans autorisation; la nullité est toujours relative, réservée à quelques personnes, mais on élargit le cercle de ces personnes. La femme étant une incapable qu'il faut protéger, on lui permet de faire tomber ses actes qui n'ont pas été accompagnés de l'autorisation, et, d'autre part, c'est un être dangereux qu'il faut subordonner sévèrement au mari, et celui-ci peut agir aussi en nullité. Tiraqueau qui, le premier, pose cette théorie de la nullité, la base sur la Bible, les Pères de l'Eglise, la philosophie grecque, le droit romain et le droit canon (1).

Cet ensemble, logique en lui-même, n'aboutissait qu'à rendre plus dépendante la condition de la femme; celle-ci n'est plus la compagne égale de l'homme, associée à tous ses actes, qu'avaient établie les coutumes germaniques, adoucies par le christianisme (2). Bientôt on tenta de réagir contre l'envahissement du droit romain, pour revenir aux traditions des coutumes, mais l'empreinte reçue était trop profonde, les résultats de l'influence étrangère ne purent être éliminés complètement. Dans une troi-

(1) Tiraqueau. *Ad leges connubiales commentarii*, glose IV, n° 12.
(2) Léon Gautier. *La Chevalerie*, p. 358.

sième période, il se forme un amalgame des deux législations qui produit des solutions contradictoires, mais qui marque une tentative de retour aux vrais principes du droit français. Pothier indique très nettement la base de l'autorité maritale : « Le mariage, en formant une société entre le mari et la femme, dont le mari est le chef, donne au mari, en la qualité qu'il a de chef de cette société, un droit de puissance sur la personne de la femme, qui s'étend aussi sur ses biens (1) », et il repousse le principe romain : « Le besoin qu'a la femme de cette autorisation de son mari, n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et les veuves, qui n'ont pas besoin d'autorisation (2). » Il en conclut que la puissance du mari est bien différente de l'autorité du tuteur.

Dès le commencement du dix-septième siècle, le mari mineur peut autoriser la femme majeure pour « affaires et aliénations qui ne le concernent point (3) ». Si la femme contracte sans l'autorisation de son mari, la nullité de l'acte est absolue ; elle peut être invoquée par tout intéressé et ne peut être couverte par aucune ratification postérieure. En effet, si l'autorisation est exigée, ce n'est ni dans l'intérêt du mari, ni dans l'intérêt de la femme ; c'est par une considération d'ordre public : la coutume a voulu empêcher la femme de se départir de la réserve qui

---

(1) Pothier. *Traité de la puissance du mari*, art. préliminaire.
(2) Art. 3.
(3) Plaidoyers de Corbin, cités par Morizot-Thibault, p. 50.

lui convient et la maintenir dans le rôle qu'elle doit jouer dans le ménage : « Les bonnes mœurs et l'honnêteté publique ne permettent pas à la femme d'avoir communication d'affaires avec autrui sans le su et le congé de son mari, pour éviter suspicion (1). »

Dans la plupart des coutumes, la femme a le droit de faire seule son testament, car elle dispose dans cet acte pour un temps où la puissance maritale n'existe plus : cependant les coutumes de Bourgogne, de Bretagne, de Normandie exigent le consentement du mari pour la validité du testament de la femme (2).

Mais la théorie romaine de l'incapacité laisse des traces jusqu'à la fin de l'ancien droit : la femme dont le mari est fou ou absent est obligée de recourir à l'autorisation de justice. Quand il ne s'agit pas de la simple administration de ses biens, la spécialité de l'autorisation est rigoureusement exigée ; le mari doit examiner chaque opération faite par sa femme : les jurisconsultes ne se contentent même pas de sa présence au contrat, ils exigent qu'on emploie dans l'acte les mots *autoriser* ou *habiliter :* toute autre expression entraîne la nullité du contrat. Ce formalisme est poussé à l'extrême : Pothier suppose le cas d'un mari qui vend un bien de sa femme en vertu de la procuration qu'elle lui a envoyée pour le vendre : « Lebrun (*Communauté,* l. II, ch. I[er],

---

(1) Bouhier. *Commentaire sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XIX, n° 46.

(2) Pothier. *Op. cit.*, art. 44.

sect. IV, n° 23) observe qu'il faut que le mari déclare *qu'il autorise sa femme,* non seulement pour le présent contrat, mais aussi pour *la procuration qu'elle lui a donnée pour le faire en son nom,* autrement la procuration étant nulle, faute d'autorisation, le contrat fait en vertu de cette procuration ne pourrait se soutenir (1). »

A la fin de l'ancien droit, l'autorité maritale tend donc à reprendre le caractère protecteur, que l'ancienne coutume lui avait donné, avant que le droit romain vienne troubler les principes de nos lois. Ce qui montre bien que la puissance du mari n'est pas dans son intérêt propre, c'est l'ensemble des précautions prises pour l'empêcher d'abuser des pouvoirs qu'il tient du mariage : le contrôle de la justice vient corriger les refus arbitraires ; la communauté mal administrée par le mari peut compromettre la fortune de la femme ; celle-ci peut s'adresser à la justice pour obtenir la séparation de biens ; s'il lui répugne de porter ses griefs devant le juge, elle pourra, à la dissolution du mariage, renoncer à la communauté ou tout au moins ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire ; en tous cas, elle a le droit d'exercer ses reprises avant le mari ; enfin l'hypothèque légale qu'elle a pour assurer ses reprises et le douaire institué à son profit obligent le mari à obtenir son concours pour vendre et hypothéquer ses propres. A la fin de l'ancien droit, la femme ne paraît pas se trouver en état de sujétion dans les pays de coutumes ; quant aux pays du midi de la

(1) Pothier. *Op. cit.*, art. 70.

France, ils étaient restés attachés au droit romain de la fin de l'Empire.

A ce moment, la Révolution vint renverser l'ordre social sur lequel la société française reposait depuis des siècles ; l'autorité maritale ne pouvait rester hors de discussion.

Dès le début de la Révolution, Condorcet, au nom de la philosophie, réclame l'égalité entre les sexes ; le 26 octobre 1789, une pétition de femmes est adressée dans le même but à l'Assemblée nationale ; mais elle n'a pas grand succès, car l'esprit philosophique qui régnait à l'Assemblée constituante tendait à revenir à l'ordre de la nature, en rendant chacun à ses attributions, et il ne semblait pas naturel de traiter les femmes comme les hommes.

Cependant le projet de Code civil, déposé par Cambacérès à la Convention, le 9 août 1793, proclame l'égalité entre les époux pour l'administration des biens communs (l. I, t. III, art. 11) ; en vue de les associer complètement, il exige le consentement des deux conjoints pour les actes de disposition qu'il s'agisse de biens propres ou de biens communs (art. 12) (1). Le deuxième projet du 23 fructidor an II se borne à établir une administration commune, « s'il n'a été autrement convenu ».

Mais on s'aperçut bientôt qu'une telle organisation rendait l'administration impossible et ne pouvait que nuire à l'union entre les époux ; s'il est bon de chercher à rendre la communauté de biens aussi intime que possible, est-il nécessaire pour cela de

(1) Fenêt. *Travaux préparatoires du Code civil*, t. I, p. 20.

supprimer toute unité de direction? On peut faire de la femme l'associée et la collaboratrice du mari tout en lui imposant un contrôle dans l'intérêt de la famille, comme le faisait l'ancien droit. De vives critiques s'élevèrent contre le projet de l'an II, d'autant plus que les événements politiques montrèrent que les femmes étaient souvent portées à abuser de la liberté et à tomber dans la licence. Aussi le nouveau projet de Cambacérès, en l'an IV, rendait-il l'administration de la communauté au mari et défendait-il à la femme d'aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari : ce projet ne consacrait pas l'autorisation maritale d'une façon générale, car la liberté absolue des conventions matrimoniales permettait aux époux d'adopter une autre organisation ; mais il n'en marquait pas moins une réaction contre le système de l'égalité absolue : « Ce n'est pas s'écarter de l'égalité, proclamait Cambacérès dans son discours préliminaire, que de maintenir l'ordre naturel et de prévenir ainsi des débats qui détruiraient les charmes de la vie domestique (1). »

Le Code civil devait aller plus loin et rétablir complètement la nécessité de l'autorisation ; il fut en effet présenté à un moment où les principes égalitaires de la Révolution étaient bien passés de mode : l'influence personnelle de Napoléon n'était pas faite pour améliorer la condition de la femme. Aussi le rétablissement de l'autorisation ne souleva-t-il pas de discussion. Maleville, qui représentait au Conseil d'Etat les tendances du midi de la France,

(1) Fenêt. *Op. cit.*, t. I, p. 156.

fit seulement observer que, dans les pays de droit écrit, la femme pouvait disposer librement de ses paraphernaux ; on ne s'arrêta même pas à cette objection : la tradition faisait considérer l'autorisation maritale comme une institution toute naturelle ; Portalis, dans son exposé des motifs, la déclare « une suite nécessaire de la société conjugale (1) ». Le principe passa de lui-même dans le Code civil.

---

(1) Fenêt. *Op. cit.*, t. IX, p. 178.

## CHAPITRE II

### L'autorisation maritale dans le Code civil.

### SECTION PREMIÈRE

#### SON FONDEMENT

Les rédacteurs du Code civil ont admis avec tant de facilité le principe de l'autorisation maritale que, malgré l'importance du sujet, les travaux préparatoires sont à peu près muets sur la question : Portalis en dit quelques mots dans l'exposé des motifs, mais il n'insiste pas sur les idées qui servent de bases aux importants changements apportés par le Code à cette institution. A-t-on voulu suivre les principes de l'ancienne jurisprudence ? Mais déjà les auteurs étaient extrêmement divisés sur le principe de la nécessité de l'autorisation : « Les uns la font résulter de la puissance maritale et considèrent la femme comme tellement privée de toute faculté

d'agir, qu'elle a besoin du concours de son mari pour lui donner, en quelque sorte, le caractère qu'elle a perdu par le mariage... Les autres, au contraire, pensent que la nécessité de l'autorisation n'a été introduite que pour l'intérêt du mari, qui a droit de veiller à ce que la femme, des biens de laquelle il est comptable, ne puisse les engager sans sa participation. Quelques-uns ont considéré l'intérêt de la femme elle-même, à qui il a été donné, en la personne de son mari, un conseil capable de la guider dans ses affaires... (1) »

Les rédacteurs du Code n'ont pas cherché à trancher ces discussions; ils se sont trouvés en présence d'une jurisprudence résultant à la fois du vieux droit coutumier et de l'influence romaine et ils ont, en général, suivi cette jurisprudence pour en faire une théorie hybride ; aussi est-il malaisé d'établir un système général : « Il faut bien le dire, cela n'est pas très net, ni très clair », avoue M. Demolombe après de longues recherches (2). Cependant, le Code civil n'a pas suivi absolument l'ancien droit : en premier lieu, il a élargi le domaine *territorial* de l'autorisation maritale; dans l'ancien droit, l'autorisation, née de la communauté, s'était peu à peu adaptée aux autres régimes coutumiers, mais elle était restée étrangère aux pays de droit écrit. Le Code civil, qui venait unifier la législation, pose en principe que l'autorisation s'applique, quel que soit le régime adopté par les époux; suivant les tradi-

(1) Nouveau Denisart, t. II, Autorisation, § 1er.
(2) *Cours de droit civil,* t. IV, p. 136 et suiv.

tions coutumières, il en fait une règle générale qui domine toutes les conventions matrimoniales.

Mais le Code se sépare des coutumes dans une grave innovation : la nullité, résultant du défaut d'autorisation, était autrefois absolue, d'ordre public ; elle n'est plus que relative. M. Laurent voit dans cette différence « un changement complet de système (1) ». Pourtant, devant le peu d'importance des travaux préparatoires, nous sommes amené à penser que les rédacteurs du Code ont voulu suivre la tradition coutumière. Mais les principes qui les ont guidés n'en sont pas moins incertains : comme à la fin de l'ancien droit, la base de l'autorisation maritale est très discutée. Pour les uns, « la nécessité de l'autorisation vient de ce que, dans la gestion des intérêts de la société conjugale, il faut unité de direction (2) ». Cette idée n'explique pas pourquoi le mari mineur ne peut donner l'autorisation, pourquoi la justice doit intervenir à défaut du mari. D'autres voient, dans l'institution qui nous occupe, un instrument d'autorité, car « la société conjugale, comme toute autre société régulièrement organisée, doit avoir un chef; par la force des choses, ce chef ne peut être que le mari (3) ». Mais ce ne peut être le système du Code : l'action en nullité est ouverte à chacun des deux conjoints ; le législateur n'a donc pas eu pour but de garantir les droits du mari seul : du reste, l'idée du respect dû au chef

(1) Laurent. *Principes de droit civil*, t. III, n° 95.
(2) Beudant. *Droit civil français : Des personnes*, t. I, p. 477.
(3) Ducaurroy. *Commentaire du Code Napoléon*, t. I, p. 234.

de la société conjugale ne saurait expliquer l'intervention de la justice, quand le mari est dans l'impossibilité de donner l'autorisation. Il entre en notre matière une idée de protection : aussi, a-t-on voulu donner pour raison d'être de l'autorisation, la légèreté naturelle de la femme. Mais, si cette conception romaine a largement influencé notre droit, elle ne peut l'expliquer complètement : elle aurait eu pour conséquences logiques de frapper d'incapacité la femme non mariée et de retirer l'action en nullité au mari, et le Code civil n'admet pas ces solutions ; le législateur a pris en considération l'intérêt du mari aussi bien que celui de la femme, puisqu'il donne à tous deux le droit d'agir en nullité. L'incapacité dérive certainement de l'état de mariage, car elle commence avec lui, et le Code civil la faisait subsister pendant toute sa durée, hors de toute considération des conventions matrimoniales : puisqu'il ne s'agit pas de l'intérêt particulier d'un des époux, la nécessité de l'autorisation doit être une conséquence de la communauté d'intérêts que crée l'union conjugale : aucun des actes de la femme n'étant indifférent à la famille, on la soumet au contrôle du mari ; quand celui-ci ne peut exercer ce devoir de surveillance, c'est à la justice qu'échoit le rôle de protéger l'intérêt de la famille. C'est ainsi que le mari mineur ne peut plus donner une autorisation valable, car, dans l'ancien droit, il tenait ce pouvoir de l'idée de la déférence due par l'épouse, idée qui n'est plus admise aujourd'hui ; au contraire, le Code suit l'ancien droit en prohibant toute autorisation générale, car le mari a « l'obliga-

tion de veiller à la garde de tous les intérêts qui se rattachent à l'union conjugale (1) ». Le but du législateur étant de protéger les intérêts de la famille, la question n'est pas d'ordre public et la nullité résultant du défaut d'autorisation doit être relative ; si la femme est admise à la faire valoir, « c'est moins en vertu d'un droit établi à son profit particulier, qu'en vertu d'un droit qu'elle puise dans sa participation aux intérêts collectifs qui, quel que soit le régime sous lequel les époux se sont mariés, naissent du fait même du mariage (2) ».

Quelque brefs que soient les travaux préparatoires en notre matière, il semble bien que l'idée d'unité de direction dans la famille n'est pas restée complètement étrangère aux rédacteurs du Code. Le tribun Gillet considérait l'autorité du mari comme indispensable pour éviter des troubles dans la société domestique (3). Portalis déclarait l'obéissance de la femme « une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre (4) ». Quelques années auparavent, Cambacérès avait expliqué de même son changement d'opinion : après avoir proposé dans son premier projet l'administration commune, il revenait, dans son projet de l'an IV, à l'autorité du mari parce que « l'administration commune serait perpétuellement entravée et que la diversité d'opinions

(1) Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. V, p. 138, note 5.
(2) Aubry et Rau. *Eod. loc.*
(3) *Rapport au Tribunat.* Fenêt. *Op. cit.*, t. IX, p. 195.
(4) *Exposé des motifs au Corps législatif.* Fenêt. *Op. cit.*, t. IX, p. 178.

dans les plus petits détails opérerait bientôt la dissolution du mariage (1) ».

Mais il y a là une tendance plutôt qu'une théorie ; les législateurs de 1804 n'ont pas eu de système bien défini, ni une logique bien serrée : la dualité de principes de l'ancien droit a communiqué au Code un éclectisme qui n'est pas exempt d'incohérences et de contradictions. En tous cas, cette conception de l'autorité maritale s'est précisée dans le mouvement législatif du dix-neuvième siècle ; elle est caractérisée particulièrement par la loi du 6 février 1893, que nous étudierons plus loin et qui fait résulter l'autorité du mari de la vie commune. La dépendance de la femme ne tient pas à une infériorité d'intelligence ; elle est nécessaire pour établir l'unité dans la direction des intérêts collectifs du ménage.

---

## SECTION II

### CAS OU L'AUTORISATION EST REQUISE

Au début de cette étude, une distinction s'impose : nous devons éviter de confondre les limitations à la capacité de la femme venant de la puissance maritale, et celles établies par les conventions matrimo-

(1) Fenêt. *Op. cit.*, t. I, p. 156.

niales : les premières sont d'ordre public, elles forment la base de l'organisation familiale dans notre droit ; bien qu'elles aient leur origine historique dans la communauté, elles dominent aujourd'hui tous les régimes matrimoniaux et les époux ne peuvent y porter atteinte ; car ce sont des lois qui régissent l'état et la capacité des personnes (art. 6 et 1389). En dehors des limites fixées par ces lois, les conventions matrimoniales peuvent augmenter ou restreindre les droits de la femme. Elles peuvent lui laisser la disposition et la jouissance complètes de ses biens, en l'obligeant seulement à contribuer pour une part aux charges du ménage : c'est la séparation de biens (art. 1536-1539). Le régime dotal lui donne les mêmes droits sur la partie de son patrimoine qui constitue les biens paraphernaux : quant au reste qui constitue la dot, la jouissance en appartient au mari et le droit de disposition de la femme est anéanti à ce point qu'aucune intervention ne peut, en principe, la relever de cette incapacité (art. 1549-1562). Si les époux mettent en commun une partie de leurs patrimoines pour former une société de biens plus ou moins étendue, confiée au mari, c'est le régime de communauté (art. 1400 et suivants). La liberté des conventions matrimoniales permet de varier à l'infini l'attribution des pouvoirs du mari et de la femme.

Mais quel que soit le régime adopté, la loi déclare la femme incapable ; cette incapacité s'impose aux époux. Cependant la portée de son application n'en dépend pas moins de leurs conventions ; car « l'incapacité, effet légal du mariage, ne restreint pas les

droits de la femme ; elle modifie seulement les conditions d'exercice de ceux de ces droits qu'elle a conservés et pour savoir ceux qu'elle conserve, il faut se référer au régime matrimonial (1) ». Ainsi « c'est le régime qui règle quels droits la femme conserve ou abdique aux mains du mari : question de pouvoirs que les époux règlent à leur gré... Les droits que la femme conserve, elle ne peut les exercer que régulièrement autorisée : question de capacité qui est du ressort de la loi (2). » Les limitations des droits de la femme établies dans les conventions matrimoniales sont contractuelles, mais, une fois convenues, elles ne peuvent être levées (art. 1395). Au contraire, on peut remédier à l'incapacité qui n'atteint que l'exercice du droit et le remède sera soit l'autorisation du mari, soit celle du juge.

Cette incapacité établie par la loi ne semble pas absolue : l'article 1124 la limite aux cas exprimés par la loi ; mais bien que cet article semble faire de l'incapacité une exception, l'autorisation est exigée d'une façon générale pour les actes judiciaires et pour les actes extra-judiciaires.

### 1° ACTES JUDICIAIRES

Pour les actes judiciaires, le principe est posé par l'article 215 : « *La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle*

---

(1) Beudant. *Op. cit.*, t. I, p. 445.
(2) Beudant. *Op. cit.*, p. 446.

*serait marchande publique ou non commune ou séparée de biens.* » Cette formule est générale : toute instance pouvant compromettre gravement ses intérêts et ceux de la famille, la femme ne doit pouvoir s'y engager sans contrôle ; l'importance des procès a paru telle que le législateur n'a fait aucune distinction dans l'article 215.

L'autorisation est donc nécessaire quelles que soient les conventions matrimoniales adoptées par les époux ; certains régimes, comme la séparation de biens, confèrent à la femme des pouvoirs d'administration et l'ancien droit, dans ce cas, lui permettait d'agir en justice pour tout ce qui touchait l'administration ; le Code civil n'a pas suivi ces errements, un procès est en soi une chose plus grave qu'un acte ordinaire d'administration et le mari doit intervenir (1). Pour la même raison, le Code a rompu sur un autre point avec la tradition de l'ancien droit ; celui-ci admettait que la femme marchande pouvait plaider pour les besoins de son commerce ; la simple autorisation de faire le commerce ne suffit plus aujourd'hui ; pour chaque procès, il faut une autorisation spéciale.

La même règle s'applique devant toute juridiction, pour toutes les instances, même celles commencées avant le mariage : le préliminaire de conciliation n'est pas une instance judiciaire, car il n'y a pas encore procès, mais par cela même que le préliminaire peut aboutir à une transaction,

---

(1) Cass., 13 novembre 1844. D. 45. I. 33. — Caen, 18 novembre 1869. *Rec. arrêts Caen et Rouen*, 1870. I. 29.

la femme doit être autorisée ; si elle ne l'est pas, sa comparution devant le juge de paix n'a aucun but (1).

La femme doit être autorisée quel que soit son rôle dans l'instance, aussi bien comme défenderesse que comme demanderesse ; souvent, en effet, il serait de son intérêt d'éviter le procès en transigeant ou en acquiesçant. Si son adversaire dans l'instance est son mari, il faut distinguer d'après le rôle que remplit la femme : est-elle défenderesse, le mari, en l'attaquant, l'autorise tacitement (2) ; est-elle demanderesse, le seul fait pour le mari de défendre au procès ne vaut pas pour elle autorisation ; en repoussant la demande, il manifeste au contraire qu'il aurait refusé d'habiliter sa femme à agir (3). Si l'action intentée a pour but de faire prononcer la nullité de son mariage, la femme doit être autorisée, car le mariage existe avec tous ses effets, tant que son annulation n'a pas été prononcée (4).

L'autorisation du mari est nécessaire dans un procès pour chaque degré de juridiction : si la femme autorisée en première instance veut plaider en appel, une nouvelle autorisation est indispensable, car il y a là une instance nouvelle qui ne se

---

(1) Laurent. *Op. cit.*, t. III, n° 102. — Baudry-Lacantinerie. *Précis de droit civil*, 4e édit., t. I, n° 627. — Dalloz. *Suppl.* : v° Mariage, n° 430

(2) Cass., 18 mars 1878. S. 78. I. 193.

(3) Cass., 24 février 1841. D. 41. I. 132. — Tribunal de la Seine, 12 avril 1893. D. 93. II. 469.

(4) Cass., 19 mai 1858. D. 58. I. 271. — Lyon, 4 avril 1867. S. 67. II. 290. — Angers, 1er juin 1896. *Gazette des tribunaux*, 24 septembre 1896.

présente plus dans les mêmes conditions que la première et dont le mari doit apprécier les chances de succès : la jurisprudence est moins absolue et dispense d'autorisation pour défendre à l'appel la femme autorisée à se porter demanderesse en première instance (1) ; mais, quand il s'agit d'un pourvoi en cassation, la jurisprudence ne fait plus de distinction et exige toujours l'autorisation (2). Au contraire, l'opposition à un jugement ou à un arrêt ne constitue pas une instance nouvelle et l'autorisation donnée pour une affaire implique nécessairement celle de former opposition aux décisions qui pourraient être rendues par défaut (3).

L'autorisation est encore nécessaire à la femme : pour se pourvoir en référé ou pour y défendre (4); pour prendre part à une procédure d'ordre, car il y a là une véritable instance (5) ; pour répondre à une demande en interdiction dirigée contre elle-même, car son intérêt est peut-être de ne pas se défendre ; pour défendre à une expropriation poursuivie par ses créanciers (6) ; la femme, en effet, est menacée d'être dépouillée d'une portion de ses biens, une transaction peut être préférable et le mari doit être appelé,

---

(1) Cass., 25 février 1879. D. 79. I. 158. — Bordeaux, 13 juillet 1898. *Gazette du palais*, 1898. II. 396.

(2) Cass., 14 juillet 1819. — Dalloz. *Répertoire*, v° Cassation, n° 1151.

(3) Toulouse, 25 mars 1882. D. 83. II. 39.

(4) Bordeaux, 23 juin 1898. *Gazette du palais*, 1898. II. 729.

(5) Toulouse, 29 novembre 1877. S. 78. II. 57. — Cass., 6 mars 1878. D. 78. I. 316. — Cass., 13 janvier 1903. *Journal des avoués*, 1903, p. 218.

(6) Cass., 11 novembre 1839. S. 39. I. 948. — Agen, 4 janvier 1844. D. 45. IV. 41.

comme en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (1).

A l'inverse, la femme pourra faire, sans être autorisée, tous les actes conservatoires, sommations, oppositions, qui ne lui imposent pas d'obligations qu'elle ne pourrait pas contracter seule ; mais elle ne pourra suivre les effets de ces actes devant la justice (2).

Le principe de l'article 215 n'est cependant pas sans exceptions :

En matière civile, d'après les nouveaux articles 234 et 238 du Code civil (loi du 18 avril 1886) et 865, 875 et 878 du Code de procédure civile, la femme n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour présenter la requête préalable à une demande en divorce, en séparation de corps ou en séparation de biens; ce n'est pas encore ester en justice et l'autorisation de plaider ensuite sera accordée par le juge ; du reste, on ne voit pas à quoi servirait de demander le consentement du mari dans un tel débat : ni son acquiescement ni son opposition ne sauraient arrêter l'action, car tout doit se passer en justice et l'autorisation du juge suffit même si la femme est mineure. Mais la loi ne considère pas du tout la femme comme capable dès la requête, puisque l'article 242 exige l'autorisation du juge pour les

---

(1) Cass., 9 mars 1896. D. 96. I. 152 ; *Pandectes françaises périodiques*, 96. I. 171.

(2) Tribunal de la Seine, 19 juin 1863. *Gazette des tribunaux*, 26 juin 1863. — Lyon, 10 mars 1885. *Moniteur judiciaire de Lyon*, 29 mai 1885.

mesures conservatoires qu'elle veut prendre contre son mari.

En matière pénale, l'exception est plus importante ; l'article 216 du Code civil porte : « *L'autorisation du mari n'est pas nécessaire, lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police.* » Il n'appartient pas au mari de suspendre le cours de la justice en refusant l'autorisation et, d'autre part, il est de droit naturel que la femme accusée puisse se défendre, d'autant plus que l'affaire ne comporte ni acquiescement ni transaction.

Ces raisons nous montrent que la femme doit être autorisée si c'est elle qui intente la poursuite devant les tribunaux répressifs (1) ; il en est de même si elle est actionnée devant la juridiction civile en réparation du préjudice causé par les faits délictueux dont elle s'est rendue coupable. Au contraire, si l'action civile est portée devant la juridiction répressive à côté de l'action publique, l'autorisation n'est pas exigée (2). Ces deux actions dépendent l'une de l'autre et on ne doit pas entraver le droit de la partie civile de joindre son action à l'action publique, en l'obligeant à assigner le mari en validité.

Enfin, si la partie civile, usant du droit de citation directe que lui confèrent les articles 182 et 145 du Code d'instruction criminelle, porte directement sa demande devant le tribunal répressif, la femme

---

(1) Troyes, 24 juin 1890. S. 92. II. 24. — *Comp.* : Rouen, 29 janvier 1846. D. 46. IV. 28.

(2) Cass., 9 mai 1846. D. 46. I. 316.

poursuivie doit-elle être autorisée? La poursuite semble, au premier abord, semblable à celle intentée par le ministère public et ni l'ancien droit (1), ni le Code civil ne les ont distinguées : dans les deux cas, une peine menace la femme. Et cependant les situations sont bien différentes ; il est possible ici d'arrêter les poursuites en calmant la colère des particuliers qui agissent ; la partie civile, n'étant pas obligée de suivre l'action du ministère public, a toute facilité d'assigner le mari au même moment que la femme, et l'autorisation doit être d'autant plus exigée que la femme est menacée d'une condamnation qui peut atteindre l'honneur même de la famille (2).

### 2° ACTES EXTRA-JUDICIAIRES

Quant aux actes juridiques faits hors de toute instance, l'article 217 du Code civil défend à la femme non autorisée de *donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux,* tandis que la coutume de Paris (art. 234) posait, d'une façon générale, que la femme ne peut s'obliger ; l'article 217 du Code civil semble restreindre aux cas qu'il énonce, l'incapacité de la femme. Cependant, l'autorisation est exigée d'une manière générale : les travaux préparatoires du Code civil ne montrent

---

(1) Pothier. *Puissance du mari,* nos 63 et suiv.

(2) Aubry et Rau. *Op. cit.,* 4e édit., t. V, § 472, no 1, p. 140, note 14.— *Contra :* Albi, 12 novembre 1898. S. 02. II. 251; *Pandectes périodiques,* 99. II. 225 et note.

pas que le législateur ait voulu introduire une telle réforme, apporter une telle atteinte à l'autorité maritale en permettant à la femme de faire librement tous les actes qui ne sont pas compris dans l'article 217. Du reste, les articles 219 à 224 sont bien plus généraux quand, à propos de l'autorisation de justice exigée à défaut de celle du mari, ils parlent de *passer un acte*, de *contracter*, de *s'obliger*. Le Code civil a gardé en principe la règle ancienne de la coutume de Paris.

Cette règle s'applique d'une façon très simple, si le contrat de mariage a renforcé la puissance du mari en lui confiant l'administration des biens personnels de la femme; celle-ci ne peut alors faire aucun contrat sans autorisation : la question de validité d'un acte passé par la femme seule ne peut être qu'une question de mandat; si l'épouse contracte, c'est moins en son nom personnel qu'au nom de son mari.

Mais si la femme s'est réservé l'administration de ses biens, il est plus difficile de fixer les limites de l'autorité maritale et de déterminer les cas où l'autorisation est requise.

D'abord le droit d'administration de la femme est plus étendu que celui du mineur émancipé, car les articles 1449 et 1536 lui accordent l'administration *libre* et *entière*. Elle peut donc contracter toutes les obligations relatives à l'entretien ou à la réparation de ses biens, passer des baux à loyer ou à ferme pour neuf ans ou un temps moindre, toute location pour une durée plus longue étant assimilée, au point de vue de la capacité du bailleur, à un acte de dis-

position ; elle peut poursuivre seule le remboursement de ses capitaux et en donner valable décharge ; faire le placement de ses fonds, soit sur l'Etat, soit sur les particuliers, avec ou sans hypothèque, soit en actions dans une société, dès qu'il n'en résulte à sa charge aucune obligation personnelle une fois le versement de son capital opéré (1).

A l'inverse, la femme non autorisée ne peut faire d'actes de disposition, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, car ces actes sont de nature à nuire directement à son patrimoine ; quel que soit leur but économique, il en résulte toujours une diminution ou une transformation des biens, que le mari doit pouvoir apprécier : aussi l'article 217 défend-il à la femme de *donner, aliéner, hypothéquer,* et, comme nous l'avons vu, cette énumération n'est pas limitative : sont interdits tous les actes équivalant à une aliénation, comme la renonciation à une succession.

L'article 1449 ne vient-il pas déroger au principe de l'article 217 en permettant, sans restriction, à la femme séparée de biens, de *disposer de son mobilier et de l'aliéner ?* Pour les aliénations à titre gratuit, la question n'est plus discutée : l'article 905 est conçu en termes trop absolus pour que la femme puisse faire, sans autorisation, n'importe quelle donation entre vifs. Mais l'accord est plus difficile, quand la femme a disposé de son mobilier à titre onéreux : les travaux préparatoires ne nous apprennent rien sur ce point, et la jurisprudence a été

(1) Demolombe. *Cours de droit civil,* t. IV, p. 167.

longue à se fixer définitivement. La Cour de cassation avait d'abord admis que la femme séparée peut toujours aliéner son mobilier, l'intention du législateur étant de voir toujours là un acte de large administration (1). Cette théorie nous semble inexacte ; l'article 1449 ne confère à la femme que le droit d'administration ; c'est donc à l'administration seulement que doit être limitée la dérogation à l'article 217 ; telle était la théorie de l'ancien droit (2) et rien ne donne à penser que le Code civil ait voulu rompre sur ce point avec la tradition. On objecte que les tiers qui traitent avec la femme, ne peuvent savoir si l'acte qu'elle fait constitue, eu égard à son importance et à ses conséquences, un simple acte d'administration ; tout ce qu'on peut conclure de là, c'est qu'en cas de doute sur le caractère de l'acte, on peut valider l'acte en faveur des tiers de bonne foi, mais bien des actes excèdent, d'une façon certaine, la mesure de la simple administration ; ce sont souvent ceux qui risquent le plus de compromettre la fortune de la femme et ils ne peuvent être maintenus : la jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens, que la capacité conférée à la femme par l'article 1449 « se borne aux actes relatifs à l'administration de ses biens et à l'indépendance de gestion de sa fortune mobilière (3) ».

Une autre difficulté s'élève sur les limitations

---

(1) Cass., 18 mai 1819. S. 19. I. 339.
(2) Pothier. *De la puissance du mari*, n° 15.
(3) Cass., 30 décembre 1862. S. 63. I. 257 ; D. 63. I. 40.

apportées au droit pour la femme d'acquérir à titre onéreux : en cas d'acquisitions à titre gratuit, l'autorisation est toujours nécessaire pour que la femme puisse accepter valablement (art. 934) ; il y a là une question de convenance qui ne dépend pas du régime matrimonial adopté; le mari doit pouvoir contrôler les donations qui sont faites à sa femme. La règle semble identique pour les acquisitions à titre onéreux; l'article 1449 ne contient aucune dérogation formelle au principe, mais il pose virtuellement des limites à son application ; en effet, il donne à la femme le droit de libre administration, et l'acquisition à titre onéreux peut constituer un acte d'administration : elle peut acheter des meubles, et non seulement des meubles meublants, mais des rentes, des actions, si cet acte ne fait naître à sa charge aucune obligation personnelle ; le droit de placer sa fortune est compris dans le droit d'administrer, par suite on doit accorder à la femme la capacité d'employer ses fonds à l'acquisition d'un immeuble ; ce droit est depuis longtemps reconnu au mineur émancipé, et le législateur de 1804 manifeste une trop grande prédilection en ce qui concerne les immeubles, pour interdire à la femme le placement qu'il considère comme le plus avantageux.

Mais ce droit d'acquisition est limité à l'administration; si la femme emploie ses capitaux disponibles à l'achat d'un immeuble, il y a placement, elle peut agir seule; si elle acquiert pour acquérir, sans avoir de fonds à employer, si, par suite, l'acte entraîne pour elle une obligation personnelle, l'ar-

ticle 1449 ne s'applique plus, et l'autorisation est nécessaire (1).

En conséquence, le droit de transiger sera pour la femme limité à l'administration de ses biens, car l'article 2045 du Code civil dispose que « *pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction* ». Quant au compromis, l'article 1004 du Code de procédure civile l'interdit dans toutes les contestations sujettes à communication au ministère public, parmi lesquelles l'article 83 du même Code range la cause des femmes non autorisées de leurs maris; le compromis est donc impossible sans autorisation.

La capacité de la femme pour l'administration lui permet de contracter des obligations valables, et les créanciers peuvent poursuivre sur ses biens l'exécution de ses engagements. Ce droit de poursuite peut certainement s'exercer sur le mobilier, qui peut être aliéné directement ou indirectement pour l'administration; mais ce droit s'étend-il sur les immeubles dont la femme ne peut jamais disposer sans autorisation? Nous ne voyons pas de motif de restreindre aux meubles l'action des créanciers; la validité des obligations contractées par une femme mariée n'est reconnue par la loi qu'à certaines conditions, mais, une fois ces conditions remplies, on ne peut anéantir son crédit en restreignant les effets de ses engagements; sans doute elle ne peut hypothéquer un de ses biens pour garantir ses obligations, car l'hypothèque, bien qu'accessoire, ne peut

(1) Trib. de la Seine, 18 avril 1891. *Pandectes périodiques*, 92. II. 49.

être constituée que par celui qui pourrait aliéner directement l'immeuble (art. 2124). Mais refuser aux créanciers le droit de saisir les immeubles, ce serait retirer à la femme le droit d'administration que la loi lui accorde (1).

Nous admettrons encore avec l'ancien droit (2) que la femme n'a pas besoin d'autorisation, quand elle agit en vertu d'un mandat qui n'entraîne pour elle aucune obligation : ce n'est pas elle qui contracte, c'est celui qui lui a donné procuration. Le plus souvent, c'est le mari que la femme représentera comme mandataire; ses actes n'entraînent alors aucune conséquence pour elle, ils n'obligent que le mari (3). Ce mandat, ordinairement, n'est que tacite, les rapports qui unissent l'homme et la femme et qui constituent la société conjugale le rendent nécessaire; c'est au mari à subvenir aux charges du ménage, mais c'est la femme « qui achète les aliments nécessaires à la famille, les vêtements destinés à l'usage de ses divers membres, les menus objets mobiliers indispensables à la vie domestique (4) ». Par suite, les fournisseurs n'ont d'action que contre le mari et ne peuvent rien réclamer à la femme, bien que les dépenses aient été faites par elle et qu'elle en ait profité; ils ne peuvent agir contre elle ni par l'action du contrat, car elle n'est pas obligée, ni par l'action *in rem verso*, car

---

(1) Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 161.
(2) Pothier. *Op. cit.*, n° 49.
(3) Cass., 6 août 1878. D. 79. I. 400.
(4) Guillouard. *Traité du contrat de mariage*, t. II, p. 334.

la dépense a pour cause l'acquittement d'une dette du mari (1).

Mais ce mandat, que la femme a reçu, n'est pas illimité : il se borne aux dépenses « servant à l'usage nécessaire et ordinaire (2) », aux achats « des choses nécessaires pour la subsistance et l'entretien du ménage (3) ». C'est aux juges qu'il appartient d'en apprécier l'étendue en tenant compte de la fortune, de la condition des époux : si les fournitures paraissent exagérées eu égard à ces considérations, le mari ne sera pas condamné à les payer intégralement : il n'est tenu que dans les limites du mandat (4); pour le surplus, pour ce qui excède les ressources du ménage, les fournisseurs ne pourront obtenir de condamnation ni contre le mari par l'action *in rem verso,* car il n'a pas profité de la dépense, ni contre la femme car elle n'a pu s'obliger elle-même sans autorisation.

Ce mandat tacite, étant basé sur la vie commune, doit finir avec elle : par suite, il prend fin le jour où elle cesse *légalement :* « Or, en vertu de la loi, elle cesse ou du moins est provisoirement suspendue par l'effet de l'ordonnance du président qui autorise l'époux demandeur en divorce ou en séparation de corps à résider séparément. Les dépenses faites par

---

(1) Paris, 18 novembre 1890. D. 91. II. 257. — Trib. Seine, 7 décembre 1899. *Pandectes périodiques*, 02. II. 30.

(2) Arrêtés de Lamoignon. Tit. *De la communauté de biens*, art. 69.

(3) Lebrun. *Traité de la communauté*, l. II, chap. II, sect. II, n° 6.

(4) Paris, 28 mars 1895. *Pandectes périodiques*, 96. II. 64. — Paris, 18 novembre 1899. *Gazette du palais*, 99. II. 597. — Cass., 30 décembre 1902. S. 03. I. 260.

la femme à partir de cette époque pour sa nourriture et son entretien ne sauraient retomber à la charge de son mari (1). » Ce qui prouve bien que la femme ne peut plus agir comme mandataire du mari, c'est le droit que la loi lui donne de réclamer une provision alimentaire (art. 238 et 240). Mais, bien que la femme ne puisse plus obliger son mari, la bonne foi des tiers qui auront traité avec elle devra être prise en considération ; par application des principes généraux du mandat, c'est au mandant à en faire connaître la révocation (art. 2005).

En cas de séparation de fait entre les époux, bien que la vie commune cesse, le mandat qui en dépend ne prend pas fin nécessairement : le mari reste encore seul tenu des dettes contractées par la femme pour son entretien personnel, mais il n'en est ainsi que si la séparation de fait doit être imputée à la faute où à la tolérance du mari (2). Il en serait autrement si la femme avait quitté le domicile conjugal contre le gré de son conjoint, « alors même que les fournisseurs auraient agi sans fraude et à plus forte raison lorsqu'ils connaissaient la volonté du mari de faire réintégrer le domicile conjugal et le refus persistant opposé par la femme (3) ». La solution inverse donnerait à celle-ci les moyens de prolonger la résistance aux obligations que le mariage lui impose.

---

(1) Note de M. de Loynes sous Paris, 22 novembre 1889. D. 91. II. 257.

(2) Cass., 21 mars 1882. D. 82. I. 362. — Trib. Seine, 23 novembre 1897. *Gazette du palais*, 98. I. 139.

(3) Note sous Dijon, 4 février 1888. D. 89. II. 243.

Enfin le mari peut révoquer directement le mandat par des défenses, adressées individuellement aux fournisseurs, de faire crédit à sa femme : souvent on emploie un avis inséré dans les journaux, mais l'efficacité peut en être douteuse ; c'est une question que les tribunaux devront apprécier en fait que celle de savoir si l'avertissement a été suffisant.

Quand la femme représentera un autre que son mari ; elle ne s'oblige pas et par suite n'a pas besoin d'autorisation : pourtant le mari peut intervenir et, au nom du devoir d'obéissance, s'opposer à la continuation du mandat ; on ne saurait permettre à la femme mariée de contracter en toute liberté des relations que le père de famille jugerait incompatibles avec son rôle dans le ménage.

Doit-on aller plus loin et reconnaître au mari un droit de surveillance sur l'administration dont la femme s'occupe en toute capacité ? La loi n'en parle pas : elle donne à la femme la libre et entière administration et certains auteurs repoussent toute limitation de ce droit ; toute règle sur ce point serait arbitraire et rendrait tous les actes de la femme pleins d'incertitude et de dangers pour les tiers ; un droit de surveillance ne serait le plus souvent pour le mari qu'un moyen constant de tracasser sa femme. Quels que soient les inconvénients de l'intervention du mari, nous ne pouvons cependant lui refuser, d'une façon absolue, le droit de provoquer certaines mesures de garantie : la femme est capable de s'obliger, mais il n'en reste pas moins le chef de la famille, le gardien de ses intérêts ; rien ne l'a dispensé de son devoir de protection et ce devoir

l'oblige parfois à agir ; l'intervention de la justice aura pour but de concilier le droit d'administration de la femme et celui de surveillance du mari en tenant compte de la bonne foi des tiers. Telle était du reste la solution de Pothier et de Lebrun dans l'ancien droit, solution que la jurisprudence a consacrée depuis le Code civil (1).

Nous n'avons examiné jusqu'ici que des contrats, des actes où il y a accord de volontés ; devra-t-on exiger l'autorisation pour la validité des obligations résultant des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits, de la loi ?

Il est incontestable que toutes celles qui dérivent de la loi doivent s'imposer à la femme comme à toute autre personne et qu'on ne peut permettre au mari de faire obstacle à leur application en refusant son autorisation; si une tutelle par exemple échoit à la femme, elle peut être obligée comme responsable de sa mauvaise gestion. De même la femme non autorisée est tenue à raison de ses délits et quasi-délits ; c'est une règle d'ordre public que toute personne doit réparer le dommage causé par son fait (2).

Quant aux quasi-contrats, la question est plus délicate : la femme ne doit pas pouvoir faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement, car « c'est sa volonté qu'on fait dépen-

---

(1) Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 173.

(2) Cass., 11 janvier 1869. D. 69. I. 208. — Cass., 15 février 1870. D. 70. I. 158.

dante » ; pour les obligations résultant de son fait, l'autorisation est nécessaire ; à l'inverse, la femme pourra être tenue, à l'insu du mari, à raison du fait personnel d'un tiers ; celui-ci a, par exemple, utilement géré ses affaires, elle doit l'indemniser jusqu'à concurrence du profit qu'elle en a retiré selon les termes du droit commun de la gestion d'affaires (1). Si c'est la femme qui a géré sans autorisation les affaires d'autrui, elle ne doit pas être plus tenue que dans un mandat ; sans doute les intérêts du maître de l'affaire pourront être compromis sans faute de sa part, mais tant que ses actes ne sont pas assez dommageables pour être considérés comme quasi-délits, on ne saurait reconnaître à la femme le droit de s'obliger ; il s'agit des intérêts de la famille que la femme pourrait sacrifier en s'obligeant indirectement. Du reste, dans une telle situation, il est à peu près certain que la femme non autorisée ne trouvera aucun crédit et ne pourra contracter pour la gestion d'affaires qu'elle entreprendrait (2).

Un autre quasi-contrat soulève quelques difficultés ; c'est le paiement de l'indu : une femme a reçu le paiement d'un tiers qui démontre que la dette n'existait pas ; si elle est de mauvaise foi, si elle a accepté un paiement sachant que le tiers ne lui doit rien, elle a commis un quasi-délit et doit le

(1) Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. V, p. 142, n° 22. — Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 177. — Pothier. *Op. cit.*, n° 51.

(2) Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 181. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. IV, § 441, note 1 ; t. V, p. 142, note 22.

réparer ; au contraire, la femme de bonne foi est tenue de restituer, jusqu'à concurrence seulement de la somme que le demandeur prouvera avoir tourné à son profit. Mais si la femme est séparée de biens, c'est-à-dire si elle est capable de recevoir un paiement sans autorisation, n'est-elle pas capable de consentir à toutes les suites de cet acte ? ne doit-elle pas être obligée à une restitution totale ? Même dans ce cas, la femme ne nous paraît pas tenue au delà de son enrichissement ; elle n'a le droit de recevoir un paiement que comme moyen d'administration et il ne faudrait pas étendre sa capacité jusqu'à des conséquences qui se rapprochent plus du prêt que du paiement ; on ne peut reprocher au tiers d'avoir payé à la femme, puisqu'elle pouvait recevoir et donner une quittance valable, mais il aurait dû examiner de plus près si la dette existait réellement (1).

Enfin, il est quelques actes spéciaux pour lesquels la femme n'a besoin d'aucune autorisation : il en est ainsi pour le testament, qui doit produire ses effets à une époque où il n'y a plus de puissance maritale ; quelques coutumes, dans l'ancien droit, exigeaient cependant l'autorisation pour les dispositions testamentaires (2), mais la grande majorité des jurisconsultes la repoussaient et le Code civil a suivi cette tradition. De même la femme peut révoquer seule les donations entre vifs qu'elle a faites à

---

(1) Demolombe. *Op. cit.*, n° 182. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. IV, § 442, note 8 ; t. V, § 472, note 22.

(2) Pothier. *Puissance du mari*, n° 44.

son mari durant le mariage (art. 1096) ; révoquer un mandat, car le mandat exige une confiance persistante en la personne de celui à qui il est donné ; elle peut exercer tous les droits qui résultent pour elle de la puissance parentale, donner par exemple son consentement à l'adoption de ses enfants, reconnaître un enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage (1) ; l'article 337 suppose le droit égal des deux époux de faire une telle reconnaissance ; il y a là un devoir pour la mère, devoir qu'on rendrait impossible en le subordonnant à l'autorisation du mari.

En dehors de ces restrictions à l'autorité maritale, établies par le Code civil, nos législateurs semblent, dans ces dernières années, avoir voulu donner à la femme mariée plus de liberté dans l'exercice de son activité personnelle.

La loi du 9 avril 1881 (art. 6) lui permet de se faire donner un livret de Caisse d'épargne, d'opérer des dépôts et des retraits de fonds sans l'autorisation de son mari ; nos législateurs n'ont pas voulu par là porter atteinte à l'autorité maritale : il a été déclaré que « la femme n'est ici que mandataire du mari » et que la loi « ne modifie pas les principes du Code civil (2) ». La femme peut placer à la Caisse d'épargne, parce qu'elle est censée représenter son mari ; mais cette présomption cesse au cas de manifestation formelle de la volonté de

---

(1) Alger, 11 janvier 1900. D. 02. II. 476.

(2) M. de Massy. Séance du Sénat du 28 mars 1881 : *Journal officiel* du 29 mars.

l'époux et la loi de 1881 réserve au mari le droit de faire opposition au retrait des fonds, ce qui vaut révocation du mandat. En pratique, par suite du formalisme de l'administration, cette opposition ne peut se produire facilement : le mari, propriétaire des fonds déposés, doit pratiquer son opposition dans les mêmes formes qu'un créancier saisissant, ce qui, en fait, entrave son droit et laisse presque toujours à la femme la liberté de retirer ses dépôts.

Plus récemment, en 1896, les deux Chambres adoptaient une proposition de M. Goirand, tendant à « protéger la femme contre certains abus de la puissance maritale » et lui permettant de disposer librement des produits de son travail personnel. Il faut remarquer que, dans la plupart des cas, il n'y a pas là une exception au principe général de la nécessité de l'autorisation : le plus souvent, en vertu des conventions matrimoniales, expresses ou tacites, les gains de la femme ne lui appartiennent pas et c'est une partie de la comnunauté qu'on lui permet d'employer librement : il faudra que le contrat de mariage réserve à la femme les produits de son travail, pour qu'en la dispensant d'autorisation, on porte atteinte à la théorie des articles 217 et suivants du Code civil.

## SECTION III

### COMMENT INTERVIENT L'AUTORISATION MARITALE

Nous avons cherché, jusqu'ici, dans quels cas la femme a besoin de l'autorisation, nous allons examiner comment et dans quelles conditions le mari doit donner cette autorisation pour habiliter sa femme à agir valablement.

L'ancien droit distingue à cet égard entre les actes extra-judiciaires et les actes judiciaires; pour les premiers « il est nécessaire que le mari ait déclaré en termes formels qu'il autorisait sa femme pour un tel acte. Le terme d'*autoriser* est comme un terme sacramentel qu'il faut nécessairement employer. La présence du mari au contrat ne tient pas lieu d'autorisation (1). » Au contraire, dans les actes judiciaires, le mari n'a pas besoin de déclarer formellement qu'il autorise, il suffit qu'il soit dans l'instance, il suffit que l'assignation soit donnée à la requête des deux conjoints, si la femme est demanderesse, ou que le mari ait constitué procureur conjointement avec elle, si elle joue le rôle de défenderesse.

Le Code civil n'a pas reproduit cette distinction, l'autorisation n'a plus rien de sacramentel, ce n'est

---

(1) Pothier. *Puissance du mari*, n° 75.

qu'une manifestation du consentement, de l'approbation du mari, et l'article 217 admet aussi bien l'autorisation tacite que l'autorisation expresse. Ce point est aujourd'hui incontesté, mais l'accord cesse quand il s'agit de limiter les conséquences du nouveau caractère de l'autorisation; la controverse porte sur deux points principaux : 1° l'autorisation expresse peut-elle être verbale? 2° l'autorisation tacite peut-elle résulter d'une circonstance autre que le concours du mari dans l'acte?

1° Sur le premier point, nous admettrons que l'autorisation peut être verbale, le consentement du mari à l'acte passé par la femme vaut autorisation, et, d'après le système du Code civil, le consentement n'est, en général, soumis pour sa manifestation à aucune formalité extrinsèque; du reste, la loi admettant l'autorisation tacite, on ne concevrait pas qu'elle eût rejeté l'autorisation expresse donnée autrement que par écrit.

On nous oppose les expressions finales de l'article 217, « *sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit* ». Mais il nous semble que le législateur a eu pour but dans ce texte de mettre l'autorisation tacite au même niveau que l'autorisation expresse, de rompre avec les errements de l'ancien droit; s'il a exigé un écrit, il ne voit pas là une forme solennelle nécessaire à la validité de l'autorisation, mais un moyen de preuve; ce qu'il veut, c'est prohiber l'emploi de la preuve testimoniale, quelle que soit la valeur de l'objet de l'acte accompli, et lors même qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit; il restera, comme

moyens, de prouver l'autorisation, l'aveu et le serment.

M. Laurent (1), avec la logique rigoureuse qui le caractérise, repousse ce système en invoquant la généralité des termes de l'article 217; pour lui, l'écriture n'est pas une forme solennelle de l'acte, mais elle seule donne une certitude suffisante pour qu'on en tienne compte; le législateur restreint les modes de preuves, car la constitution de la famille est en jeu, et on ne saurait être trop prudent.

On peut répondre en rapprochant les articles 2044 et 2085 de l'article 217, tous exigent un écrit, et pourtant une doctrine à peu près unanime admet que l'aveu et le serment suffisent à prouver la transaction et l'antichrèse. Pourquoi en décider autrement pour l'autorisation maritale? On comprend que la loi prohibe la preuve testimoniale, car cette matière est d'ordre public, mais comment considérer comme sans valeur l'aveu fait en justice par celui dont l'approbation est requise ? Une telle exigence équivaudrait à rétablir la solennité de l'acte, ce dont nos adversaires se défendent pourtant (2).

En tous cas, que l'écriture soit exigée ou non, un simple écrit sous seing privé suffit, même si l'acte que la femme doit passer, n'est valable qu'en la forme authentique, car la loi ne formule aucune exigence spéciale. La loi du 8 mai 1893 a facilité la

---

(1) Laurent. *Op. cit.*, t. III, nos 110 [illegible].

(2) Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. V, p. 150, note 52. — Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 193. — Baudry-Lacantinerie. *Des personnes*, t. II, n° 2232.

preuve de l'autorisation maritale dans un cas spécial, celui d'un particulier au cours d'un voyage maritime, ou d'un militaire en expédition. L'article 1er donne compétence pour recevoir la déclaration d'autorisation à certains fonctionnaires d'intendance ou du commissariat, même aux commandants de détachements.

2° Le concours du mari dans l'acte vaut autorisation tacite, car il suppose forcément son approbation; doit-on aller plus loin et décider que l'autorisation résulte de tout fait qui établirait, d'une manière non équivoque, la volonté du mari d'approuver l'acte?

Sur ce point, MM. Aubry et Rau (1) se montrent aussi larges que possible ; pour eux, « la validité de l'autorisation maritale n'est subordonnée qu'aux conditions requises pour la validité de tout consentement en général »; et notre droit moderne ne soumet le consentement en principe à aucune règle de forme.

Il nous semble difficile de donner une telle extension à l'autorisation tacite ; si le législateur, dans l'article 217, a eu pour but d'innover sur l'ancien droit en créant l'autorisation tacite dans les contrats, il nous paraît avoir voulu aussi limiter cette innovation : cela résulte nettement des termes mêmes de l'article 217, qui restreint l'autorisation tacite au concours du mari dans l'acte. Du reste, on conçoit parfaitement que, dans une matière aussi pratique, le législateur ait voulu éviter bien des

(1) *Op. cit.*, t. V, p. 152, note 58.

abus et surtout arrêter bien des contestations en assujettissant à certaines formes la manifestation de volonté du mari : aussi ne faut-il pas étendre, d'une façon exagérée, les cas d'autorisation tacite. Il ne s'agit pas de créer un acte solennel, puisqu'au contraire l'article 217 vient réagir contre le formalisme ancien, en considérant la participation du mari comme équivalant à un consentement écrit : c'est que dans ce cas l'approbation est certaine ; le mari va même jusqu'à donner son appui à l'opération. Mais il y a d'autres actes non équivoques, qui impliquent, tout aussi bien que le concours à l'acte, le consentement du mari et qui doivent valoir autorisation : le fait pour le mari de donner des conseils à sa femme pour un acte à passer est probant ; n'en tiendra-t-on aucun compte ? La jurisprudence tend à assimiler au concours à l'acte non seulement « toute collaboration active », mais parfois une simple tolérance (1), surtout pour les actes, où il n'est pas d'usage de rédiger un écrit, comme la mise d'un enfant en nourrice : cette jurisprudence, très rationnelle en pratique, laisse à l'arbitraire du juge le soin de limiter les actes équivalant à une autorisation (2).

L'autorisation tacite, ainsi déterminée, nous ne croyons pas qu'il faille exiger que le mari joue au contrat un rôle actif, qu'il vienne y stipuler ou y promettre : il suffit qu'il assiste à l'acte passé par la

---

(1) Huc. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. II, p. 271. — Cass., 22 juillet 1891. D. 92. I. 5, note.

(2) Cass., 12 juillet 1899. *Pandectes périodiques*, 1900, I, 479.

femme, connaissant le rôle qu'elle y joue. Toute exigence plus grande rendrait très rares les cas d'autorisation tacite : la loi ne requiert nulle part ce rôle actif du mari et on ne comprendrait pas qu'elle l'exige : c'est justement quand le mari n'a pas d'intérêt personnel au contrat que son assistance implique le plus vraisemblablement une preuve d'autorisation : quand il paraît sans s'engager en son nom personnel, son intervention ne peut que marquer son adhésion à l'engagement de sa femme. C'est ainsi que la jurisprudence a validé un compromis passé devant le juge de paix entre un tiers et une femme, en présence du mari ; qu'elle a reconnu un mandat donné par deux époux pour la vente d'un propre de la femme (1).

Encore faut-il que le mari ait réellement concouru à l'acte (2) ; si la femme s'est engagée comme caution au bas d'un billet du mari, cet engagement a pu être pris après coup et hors de la présence du conjoint : l'autorisation n'est pas prouvée. C'est à celui qui allègue le concours du mari à l'acte, qu'incombe l'obligation d'en apporter la preuve, conformément au droit commun : pour les raisons invoquées plus haut, à propos de l'autorisation expresse, il nous semble que cette preuve pourra résulter de l'écrit, ou soit d'un aveu, soit d'un serment, mais que la preuve testimoniale ne serait pas admissible.

---

(1) Cass., 10 février 1886. *Gazette du palais*, 86. I. 454.

(2) Cass., 22 février 1893. D. 93. I. 295. — Cass., 30 décembre 1902. D. 03. I. 150 ; S. 03. I. 88.

L'article 217, que nous venons d'examiner, ne vise que les actes extra-judiciaires ; les actes judiciaires sont réglés par l'article 215 qui ne contient aucune disposition de forme : doit-on en conclure que l'autorisation pourra, en cette matière, se manifester de toute façon? Ce serait rationnellement injustifiable : la loi est portée à être plus sévère en matière judiciaire et il faut appliquer les restrictions de l'article 217 : l'article 215 n'a été fait que pour établir l'autorisation hors du concours du mari dans l'instance, contrairement au système admis dans l'ancien droit.

Toutes les règles que la loi a posées pour assurer la réalité de l'autorisation maritale auraient été insuffisantes, si l'on avait permis au mari de renoncer à son droit d'approbation, de se débarrasser de son devoir de surveillance sur les intérêts collectifs de la famille, en donnant une autorisation générale : il ne doit donner son consentement qu'en connaissance de cause et à l'occasion de chacun des actes que la femme veut accomplir, aussi l'article 223 déclare-t-il que « *toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme* ».

Cette règle était déjà admise dans l'ancien droit ; cependant, quelques coutumes, comme celle du Berry (1), validaient expressément la clause d'autorisation générale contenue dans un contrat de mariage ; mais, dans le silence des coutumes, la jurisprudence annulait de telles clauses, comme

(1) Pothier. *Introduction au traité de la communauté*, n° 5.

« tendantes à rendre la femme indépendante du mari et à la soustraire entièrement à sa puissance (1) ». Cette solution passa sans discussion dans le Code civil ; c'est que, sans la spécialité, l'autorisation pourrait bien ne devenir qu'une apparence; les époux prendraient l'habitude de la supprimer ouvertement dans le contrat de mariage ou ensuite par des abdications plus discrètes.

Il résulte de là une situation qui peut paraître étrange au premier abord : le mari peut permettre à la femme d'une façon générale d'aliéner, d'hypothéquer les biens de la communauté ou ses biens propres à lui ; rien n'est plus valable, car il n'y a pas là une autorisation, mais un mandat ordinaire conforme aux articles 1987 et suivants. Au contraire, quand il s'agit des biens propres de la femme, le mari ne peut lui concéder que des droits de disposition bien plus limités, car, sans cela, il serait trop porté à se décharger de sa surveillance et à se dégager de la responsabilité qui doit peser sur lui. Si les conventions matrimoniales lui laissent l'administration des biens de sa femme, celle-ci peut en être chargée par son mari, mais ce n'est pas en vertu d'une autorisation générale ; c'est en vertu d'un mandat, car les époux ne sauraient changer ainsi leurs conventions matrimoniales et attribuer à la femme un droit que le contrat donne au mari (2).

Jusqu'à quel point doit aller cette spécialité prescrite par les articles 223 et 1538 ? Le motif de la loi

---

(1) Pothier. *Eod. loc.*
(2) Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 205.

nous donne la limite posée à ses exigences : il s'agit d'obliger le mari à surveiller les actes de sa femme ; l'acte doit donc être assez déterminé pour que le mari puisse en apprécier les conséquences : il faut que l'opération soit précise et spécifiée. Du reste, en faveur de cette solution, nous avons l'autorité de l'ancien droit, que le Code civil a suivi ici jusque dans ses termes ; tous les anciens jurisconsultes exigent une autorisation « spéciale en chaque affaire et en chaque contrat (1) », « spéciale pour tel ou tel acte (2) », « *ad rem quæ geritur accomodata* (3) ». Nous concluons donc que l'autorisation doit être donnée pour chaque acte, pour chaque instance, après examen de l'époque et des principales conditions de l'affaire : pourtant on ne doit pas exagérer et exiger que le mari connaisse tous les détails, même le jour où se fera le contrat : c'est aux magistrats à apprécier en fait si la condition de spécialité a été remplie (4).

Le mari pourrait-il se décharger de son contrôle en donnant à un tiers le mandat général d'autoriser sa femme à aliéner, à emprunter, sans déterminer lui-même aucune condition (5) ? La jurisprudence est divisée sur cette question. Il est vrai que, dans ce cas, la femme n'est pas abandonnée à elle-même et il serait sans doute très bon en pratique de permet-

---

(1) Lebrun. *Communauté*, l. II, ch. I, sect. IV, n° 8.

(2) Pothier. *Introduction au titre X de la coutume d'Orléans*, n° 146.

(3) D'Aguesseau. *Plaidoyer du 3 avril 1691.*

(4) Cass., 19 juin 1888. *Pandectes périodiques*, 89. I. 139. — Cass., 3 janvier 1898. *Pandectes périodiques*, 98. I. 453. — Cass., 16 mars 1898. S. 98. I. 400 ; D. 98. I. 214. — Paris, 10 novembre 1900. *Pandectes périodiques*, 02. II. 163. — Trib. Seine, 19 avril 1901. D. 03. II. 271.

(5) Dalloz. *Répertoire*, v° Mariage, n° 856.

tre au mari, qui ne peut être présent, de se faire remplacer par un homme compétent, chargé d'apprécier les conditions de l'affaire. Mais, dans l'état de notre législation, nous ne pouvons l'admettre ; c'est la justice que la loi charge de remplacer le mari qui ne peut autoriser lui-même ; quels que soient les inconvénients de cette règle, nous devons la reconnaître et refuser au mari le droit de déléguer son pouvoir d'autorisation.

A l'inverse, supposons que c'est la femme elle-même qui a donné à son mari le mandat indéterminé d'agir pour elle et en son nom. Les actes passés par le mari avec des tiers, en vertu d'une telle procuration, sont-ils valables et engagent-ils la femme ? Il faut d'abord remarquer les dangers qu'un tel mandat ferait courir au patrimoine de la femme : un mouvement d'aveugle confiance de sa part rendrait le mari maître absolu de sa fortune ; autant l'union des patrimoines dans le ménage est conforme aux traditions de notre droit, autant il leur serait contraire d'admettre l'*absorption* de la femme dans le mari, comme dans les législations primitives, et déjà notre ancien droit refusait de valider la procuration générale donnée par la femme au mari ; sans doute elle est conforme aux règles du mandat, mais, au point de vue de l'autorisation maritale, elle est générale. On objecte pourtant que le mari, par l'entremise duquel tous les actes seront effectués, connaîtra les conditions auxquelles ils doivent s'accomplir : au fur et à mesure, il autorisera sa femme pour chaque acte qu'il fera pour elle, ce sera là une autorisation spéciale. Il n'en reste pas moins qu'au début, lors du mandat, le mari ne peut

apprécier les conséquences de cet acte ; l'autorisation ne peut à ce moment être que générale : elle n'est donc pas valable et le mari ne peut agir en vertu d'une procuration viciée. S'il s'agissait pour la femme de donner un semblable mandat à un tiers, l'autorisation ne pourrait intervenir valablement : en quoi la participation du mari change-t-elle le caractère du contrat ? Les autorisations spéciales qu'il pourra donner dans la suite ne peuvent rétroagir et venir valider le premier acte, le mandat (1).

Si rigoureuse que soit la règle de la spécialité de l'autorisation, elle n'en comporte pas moins une exception : nous ne pouvons considérer comme dérogeant à ce principe les règles concernant l'administration des biens ; celle-ci appartient, soit à la femme en vertu des conventions matrimoniales ou des décisions judiciaires, soit au mari et, dans ce dernier cas, il peut en charger la femme d'une façon générale comme s'il s'agissait de ses propres. Au contraire, le principe subit une importante dérogation en matière commerciale ; les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce posent que la femme, marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger en ce qui concerne son négoce. Les nécessités pratiques ont fait admettre de tout temps cette exception à la spécialité : « L'utilité du commerce et la nécessité ont fait dispenser la marchande publique de l'autorisation pour ces actes : cette femme n'ayant pas toujours son mari à

---

(1) Aubry et Rau. *Op. cit.*, p. 154, note 67. — Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 210. — Cass., 1er février 1864. D. 64. I. 423.

ses côtés qui puisse l'autoriser pour ces actes, lesquels souvent ne souffrent pas de retardement (1). » Cependant l'autorisation générale donnée à la femme de faire le commerce ne suffit pas pour la rendre habile à agir en justice : il lui faut toujours une permission spéciale pour les procès à l'occasion de son commerce ; plusieurs de nos anciennes coutumes admettaient la solution contraire (2), mais le législateur de 1804 a jugé qu'il n'y a pas pour plaider la même urgence que pour effectuer une opération commerciale et qu'un procès est une chose trop grave pour que le mari ne soit pas appelé.

---

## SECTION IV

### L'AUTORISATION DE JUSTICE

C'est au mari qu'incombe le devoir de surveiller les actes de la femme mariée ; l'autorisation doit donc être donnée par lui ; mais la puissance maritale n'est pas absolue : la loi a voulu qu'elle fût soumise au contrôle de l'autorité publique. De là est née l'autorisation de justice, qui, dans le Code civil comme dans l'ancien droit, joue un double

---

(1) Pothier. *Puissance du mari*, n° 21.
(2) Pothier. *Op. cit.*, n° 62.

rôle, en intervenant d'une part au refus du mari, d'autre part comme autorisation supplétive.

Dans le premier cas, nous ne pouvons qu'approuver le Code d'avoir suivi la tradition : si le mari refuse son consentement par pur caprice, oubliant que son devoir est de protéger, non de tyranniser sa femme, celle-ci doit pouvoir en appeler de sa décision : la justice décidera. « Il n'y a aucun pouvoir particulier qui ne soit soumis à la puissance publique et le magistrat peut intervenir pour réprimer les refus injustes du mari et pour rétablir toutes choses dans leur état légitime (1). »

Il est à remarquer que jamais dans notre droit ce recours accordé à la femme ne lui a été plus nécessaire que sous le Code civil : en imposant à la femme la nécessité d'obtenir l'autorisation maritale sous tous les régimes matrimoniaux, le Code a par là même exigé un acte qui suppose l'union entre les époux dans différentes hypothèses où justement le régime adopté est un régime de défiance, sinon d'antagonisme ; les intérêts des époux sont séparés et la femme a besoin de recourir à son mari pour toute opération de quelque importance : cette autorité peut devenir abusive et il importe que le juge puisse être appelé pour corriger ces abus.

Mais, outre ce rôle indispensable, l'autorisation de justice, depuis le seizième siècle, est intervenue comme autorisation purement supplétive : la femme n'est plus protégée contre les décisions arbi-

---

(1) Portalis. *Discours sur le Code civil.* Fenêt. *Op. cit.*, t. IX, p. 179.

traires de son mari, mais contre son inexpérience ; si les circonstances interdisent au mari de remplir son rôle de protecteur, la femme ne doit pas être abandonnée à elle-même et c'est le juge qui est chargé de la guider. La réaction qui se manifesta à la fin de l'ancien droit contre l'idée romaine de la faiblesse naturelle de la femme, fut sans influence sur la théorie de l'autorisation supplétive : celle-ci ne fit que s'accentuer et le Code civil en multiplia même les cas d'application.

Le Code civil a emprunté à l'ancien droit trois cas d'autorisation de justice : l'absence, l'interdiction du mari et sa condamnation à une peine afflictive ou infamante.

La première cause, l'absence, soit déclarée, soit simplement présumée, est établie par l'article 222. Doit-on y assimiler la non-présence ? On peut hésiter sur la façon dont doit être entendu ici le mot absent, car les rédacteurs du Code se sont contentés de prendre la règle telle qu'ils la trouvaient dans les anciens jurisconsultes, sans songer à la faire concorder avec le titre « Des absents ». Certains auteurs exigent qu'il y ait au moins absence présumée pour que l'article 222 puisse s'appliquer : ils invoquent à l'appui de leur théorie l'article 863 du Code de procédure civile, qui ne s'occupe que de l'absence au moins présumée, à propos de l'autorisation maritale (1). Mais la généralité des termes de l'article 222 permet d'en étendre l'application, même

(1) Marcadé. *Explication du Code Napoléon*, t. I, art. 222. — Baudry-Lacantinerie. *Des personnes*, t. II, n° 2281.

au cas d'éloignement du mari : déjà, dans l'ancien droit, Pothier admettait l'autorisation de justice « lorsque le mari est trop éloigné pour donner l'autorisation aussi promptement que le cas l'exige (1) », et une déclaration formelle de Tronchet au Conseil d'Etat (2) montre que le Code civil a suivi la tradition sur ce point. Du reste, cette solution est nécessaire en pratique : la femme ne doit pas, par suite de l'éloignement de son mari, se trouver dans l'impossibilité de faire un acte urgent et légitime (3).

Le droit du moyen âge assimilait à l'absence l'hypothèse du mari condamné par contumace à une peine entraînant la mort civile (4) et la femme se faisait autoriser par justice. Au dix-huitième siècle, cette théorie s'étendit aux condamnations contradictoires et passa dans l'article 221 du Code civil : *Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme même majeure ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement, ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé.* Outre qu'il serait le plus souvent impossible en fait d'obtenir l'autorisation du mari, il y a toujours là une cause d'indignité et par suite d'inca-

(1) *Puissance du mari*, n° 12.
(2) Fenêt. *Op. cit.*, t. IX, p. 78.
(3) Bordeaux, 17 février 1897. D. 98. II. 197.
(4) Dunod. *Observations sur la coutume de Bourgogne : Des gens mariés*, n° 22.

pacité légale. Il est pourtant une peine infamante qui n'entraîne pas cette déchéance pour le mari ; c'est la dégradation civique : en effet, l'article 221 limite l'incapacité résultant de la condamnation à la durée de la peine ; on en conclut que le législateur considère cette incapacité comme purement temporaire, et, si la dégradation civique, peine perpétuelle qui accompagne toute peine afflictive ou infamante, doit la produire, cette incapacité sera nécessairement toujours perpétuelle, ce qui est contraire aux termes de l'article 221. Du reste, l'article 34 du Code pénal, dans l'énumération des déchéances qu'entraîne la dégradation civique, ne mentionne pas le retrait du droit d'autoriser.

L'article 221 pose la règle pour les condamnations par contumace comme pour les condamnations contradictoires : que doit-on considérer comme durée de la peine pour le contumax ? La tradition nous montre que le législateur a considéré comme tel le délai nécessaire pour la prescription, c'est-à-dire tout le temps pendant lequel le condamné reste menacé de subir la peine.

C'est encore à l'ancien droit que le Code civil a emprunté l'autorisation judiciaire en cas d'interdiction du mari : celui-ci ne pouvant exprimer sa volonté, ne peut donner un consentement quelconque. Il arrive souvent que la femme est nommée tutrice de son mari interdit : cette tutelle lui confère un mandat qu'elle peut exécuter sans avoir besoin d'autorisation à titre d'épouse ; elle représente son mari comme tout autre tuteur. Mais, dès qu'elle veut agir en son propre nom, elle reste soumise à

l'autorisation et, par suite de l'incapacité de son mari, elle doit s'adresser à la justice. Elle a donc une capacité plus grande quand il s'agit des biens de son mari que quand il s'agit des siens propres : ce résultat singulier était déjà admis dans notre ancien droit (1).

Si le mari n'est pas interdit, bien que ses facultés soient tellement altérées, qu'il soit hors d'état de manifester sa volonté, l'autorisation judiciaire peut suppléer ; mais faudra-t-il qu'avant de l'obtenir, la femme fasse prononcer l'interdiction ? En pratique, une telle rigueur amènerait des difficultés et des retards, et il nous semble que la femme pourrait s'adresser directement au juge pour se faire autoriser : l'idée du législateur a été d'établir l'autorisation de justice toutes les fois que l'autorisation maritale ne pouvait intervenir et, bien que cette idée ait une base inexacte, nous devons en accepter les conséquences.

La généralité de l'autorisation judiciaire nous conduit à un résultat analogue, quand le mari est pourvu d'un conseil judiciaire : il doit perdre le droit d'autoriser sa femme pour tous les actes qui excèdent sa propre capacité ; s'il n'est pas capable d'en apprécier les suites quand il s'agit de ses propres intérêts, il ne pourra les contrôler dans les affaires de sa femme (2). Même avec l'assistance de son conseil, il ne saurait l'autoriser pour les actes

(1) Pothier. *Op. cit.*, n° 26.

(2) Paris, 24 juin 1897. *Gazette du palais*, 97. II. 484. — Trib. Seine, 19 janvier 1899. *Gazette du palais*, 99. I. 321.

de cette nature, car le conseil lui a été donné pour ses propres affaires et n'a nullement le droit de participer à l'autorité maritale en s'immisçant dans les opérations de la femme. La seule ressource en ce cas est l'autorisation de justice (1).

Enfin le Code civil exige l'autorisation supplétive dans un quatrième cas que l'ancien droit n'avait pas admis, malgré de vives discussions : dans le grand mouvement d'extension de l'autorisation judiciaire, qui caractérise les deux derniers siècles de l'ancien droit, certains auteurs avaient voulu restreindre la capacité du mari mineur, en lui refusant la faculté d'autoriser sa femme pour les actes de disposition (2). Cependant la plupart des jurisconsultes tenaient le mari mineur pour parfaitement capable d'autoriser sa femme majeure ou mineure et n'admettaient pas qu'on lui enlève sa prérogative essentielle, « ce pouvoir est un effet et une dépendance de la puissance qu'il a sur elle (3) ». Les rédacteurs du Code civil sont partis d'une autre idée : ils ont considéré l'autorisation comme une marque de surveillance qu'un incapable ne peut exercer : « Comment le mari pourrait-il autoriser les autres quand il a lui-même besoin d'autori-

---

(1) Cass., 6 décembre 1876. S. 77. I. 64. — Trib. Seine, 24 novembre 1900. Le *Droit*, 9 janvier 1901. — *Contra :* Paris, 10 juillet 1890. *Pandectes périodiques*, 91. II. 271 et note.

(2) Claude de Ferrière. *Commentaire sur la coutume de Paris*, art. 223, n° 18.

(3) Pothier. *Op. cit.*, n° 29. — Loisel. *Institutes coutumières*, l. I, t. II, n° 23. — Lebrun. *Traité de la communauté*, l. II, ch. I, sect. II, n$^{os}$ 1-5.

sation ? (1) » Il en résulte que le mineur peut autoriser sa femme pour tous les actes qu'il pourrait faire sans l'assistance de son curateur, en sa seule qualité de mineur émancipé par le mariage, par exemple pour agir en justice en matière mobilière ; dans tous les autres cas, l'article 224 impose de recourir à l'autorisation de justice.

Le Code n'a pas parlé du cas où c'est la femme qui est mineure, car il suffit de combiner les règles de la capacité du mineur émancipé avec celles de l'autorisation : le mari peut autoriser sa femme dans les cas où l'assistance du curateur suffit, mais, si la loi exige d'autres conditions, comme l'homologation par le tribunal, on ne saurait éviter de les remplir.

Tels sont les seuls cas où le Code civil établit l'autorisation judiciaire et celle-ci ne saurait être étendue : l'autorisation maritale est la règle et l'intervention de justice n'est qu'une exception, qui ne peut être admise sans un texte formel ; la loi seule peut restreindre l'autorité du mari et elle n'y a porté aucune autre atteinte. C'est ainsi que ni la faillite du mari, ni la cession de biens qu'il a faite n'obligent à recourir à la justice (2) ; de même on ne saurait refuser au mari qualité pour autoriser sa femme dans les actes qui l'intéressent personnellement ; l'ancien droit admettait déjà cette solution, car le mari « n'intervient pas pour veiller aux intérêts de la femme qui est capable d'y veiller elle-

(1) Portalis. *Exposé des motifs*. Fenêt. *Op. cit.*, t. IX, p. 180.
(2) Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 230.

même (1) » ; il est là comme juge des exigences de l'intérêt familial et rien ne s'oppose à ce qu'il puisse ici remplir ce rôle.

Même dans les cas où nous avons admis l'intervention judiciaire, il faut, pour certains actes d'une importance spéciale, y apporter quelques restrictions : sans discuter le droit pour la femme de faire le commerce ou d'embrasser toute autre profession avec l'autorisation du juge, nous pouvons citer l'article 1029 du Code civil, qui exige en principe l'autorisation du mari pour que la femme puisse accepter d'être exécutrice testamentaire, et les articles 83, § 6, et 1004 du Code de procédure civile qui lui interdisent de compromettre avec la seule autorisation du juge.

Pour obtenir l'autorisation de justice, la femme s'adressera au tribunal du domicile commun (2) où toute la procédure sera « exempte d'une publicité que la qualité des parties et la nature des débats rendraient toujours fâcheuse (3) ». Il s'agit en effet d'une affaire toute domestique ; la publicité serait inutile et dangereuse, car les époux devront faire connaître l'état de leurs affaires : aussi tout se passera en chambre du Conseil depuis la comparution des parties jusqu'aux plaidoiries des avocats et aux conclusions du ministère public, mais le jugement doit être rendu en audience publique (4).

Quand c'est le refus du mari qui oblige à recourir

---

(1) Pothier. *Op. cit.*, n° 42.

(2) Bordeaux, 1er mars 1887. *Pandectes périodiques*, 89. II. 43.

(3) Berlier. Locré. *Législation civile*, t. XXIII, p. 152.

(4) Cass., 4 mai 1863. D. 63. I. 186. — Lyon, 16 décembre 1871. D. 72. II. 120. — *Comp.* : Cass., 9 juillet 1879. D. 80. I. 178.

à la justice, la femme doit d'abord le faire constater en faisant sommation au mari de donner son consentement; si le mari ne peut autoriser, elle s'adressera directement à la justice. Si la femme est défenderesse à une action judiciaire, c'est à son adversaire à assigner le mari en autorisation, ou, à défaut, à obtenir l'autorisation de justice.

Le tribunal est libre de refuser l'autorisation ; il peut donc préciser les conditions auxquelles il subordonne la validité des actes qu'il autorise, et soumettre les contrats à des formalités spéciales, car il est chargé de protéger les intérêts dont le mari a d'ordinaire la garde. En tous cas, l'autorisation de justice doit être spéciale comme celle du mari ; la permission d'ester en jugement n'emporte pas celle de suivre tous les degrés de juridiction ; si la femme veut aller en appel d'un jugement rendu par le tribunal du domicile commun, par exception à l'article 219, elle s'adressera à la Cour d'appel pour se faire autoriser, car il serait étrange de voir des juges apprécier si l'on doit appeler de leur décision (1).

## SECTION V

### EFFETS DE L'AUTORISATION

« L'effet de l'autorisation du mari et de l'autorisation supplétive du juge est de rendre la femme

(1) Cass., 2 août 1853. D. 54. I. 353. — Cass., 7 juillet 1898. D. 99. I. 557. — *Comp.* : Cass., 5 novembre 1895. D. 95. I. 535 ; S. 96. I. 180.

aussi capable de l'acte pour lequel elle est autorisée qu'elle le serait si elle n'était pas mariée (1). » La femme autorisée, étant assimilée à celle qui n'est pas mariée, ne pourra donc attaquer ses actes en soutenant que l'autorisation lui a été accordée contrairement à ses intérêts, c'est à elle à défendre ses droits, de voir si l'acte est avantageux, car c'est elle qui agit ; le mari n'est pas comme le tuteur, que la loi déclare responsable d'une mauvaise gestion (art. 450), il n'a qu'un devoir de surveillance, et, s'il est de bonne foi, la femme, capable de comprendre ce qu'elle fait, ne peut s'en prendre à lui des conséquences de ses actes.

Cependant « l'autorisation du mari ou de justice n'étouffe pas les moyens de restitution, si aucuns sont ouverts à la femme (2) » ; elle ne relève la femme que de son incapacité en tant que femme mariée, mais laisse subsister les autres causes de nullité qui pourraient se rencontrer; l'aliénation immobilière, faite par la femme mineure autorisée seulement de son mari, ne sera pas moins nulle que celle faite par une mineure non mariée.

Pour que la femme autorisée puisse agir valablement, il faut encore qu'elle reste dans les limites de l'autorisation qui lui a été accordée, bien qu'il soit souvent difficile de déterminer l'étendue des pouvoirs qui lui ont été conférés : « Il y a une chose essentielle en ces matières, c'est que les termes des autorisations doivent être suivis à la lettre, sans qu'il

---

(1) Pothier. *Puissance du mari*, n° 76.
(2) Bourjon. *Droit commun de la France*, t. I, p. 582.

soit jamais permis de les étendre d'un cas exprimé à un cas non exprimé, non pas même par identité de raison (1). »

Si donc la femme « autorisée par son mari à faire un acte à titre onéreux, fait en réalité un acte à titre gratuit sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, il faut dire que l'acte, tel qu'il a été fait, a été passé sans autorisation (2) ». De même la femme, autorisée à ester en jugement, ne peut transiger, car la transaction implique l'abandon, c'est-à-dire la disposition d'une partie de ses droits; elle ne peut se désister ou acquiescer, car là encore il y a une aliénation de droits (3); c'est pour l'acte inverse qu'elle a été autorisée. La délation de serment décisoire équivalant à une transaction, est défendue à la femme non autorisée spécialement à cet effet; elle est même interdite à son adversaire, d'abord parce que le serment ne pourrait être référé, ce qui est contraire à l'égalité qui doit régner dans les luttes judiciaires, en second lieu, parce que le serment déféré par l'adversaire de la femme deviendrait un moyen trop facile de tourner la loi, c'est un moyen d'aliéner que de renoncer à se défendre et « *qui non potest donare, non potest confiteri* (4) ». Il semble, par suite, que la femme autorisée à plaider ne pourrait passer un aveu faisant foi selon l'article 1356 du Code civil, mais une telle solution empêcherait l'ad-

---

(1) Lebrun. *De la communauté*, l. II, chap. I, sect. IV, n° 9.

(2) Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 277.

(3) Trib. Seine, 18 juillet 1892. *Pandectes périodiques*, 93. II. 343 ; *Gazette du palais*, 92. II. 515.

(4) Pothier. *Traité des obligations*, n° 837.

versaire de demander l'interrogatoire sur faits et articles; elle lui interdirait un moyen de preuve que l'autre partie peut utiliser; du moment que la femme peut comprendre ce qu'elle dit, l'aveu doit avoir toute sa valeur : s'il y a fraude, le mari gardera tous ses droits pour la dénoncer.

Il ne faut du reste pas exagérer la règle qui restreint le droit d'action de la femme à ce pour quoi a été donnée l'autorisation, celle-ci « s'étend virtuellement aux antécédents et aux suites nécessaires de l'affaire », car « qui veut la fin, veut les moyens; qui approuve la cause, approuve les effets... Ainsi la femme autorisée à former une demande en justice, est, par cela même, suffisamment autorisée à tenter la conciliation préalable à l'introduction de la demande », elle peut acquiescer au jugement rendu contre elle; « à plus forte raison une pareille autorisation est-elle suffisante pour habiliter la femme à faire exécuter le jugement rendu à son profit (1) ».

Mais, dans bien des cas, il est fort difficile de déterminer quels sont les antécédents et les suites nécessaires qui profitent de l'autorisation ; la femme autorisée en termes généraux à plaider pour une affaire, peut-elle suivre l'action à tous les degrés de juridiction? Quelle que soit l'intention de celui qui autorise, il nous semble contraire à la règle de la spécialité de l'autorisation d'admettre la femme à suivre seule toute l'affaire : les chances de succès changent à chaque degré, et le mari ne doit pas

---

(1) Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. V, p. 157. — V. Nancy, 26 mars 1895. D. 95. II. 471.

pouvoir se désintéresser de toute surveillance. M. Laurent, toujours porté à exagérer les conséquences des principes, exige même que la femme soit autorisée pour ne pas interjeter appel, car « son silence implique un acte et un acte qui peut lui être très préjudiciable à elle et à sa famille, c'est la renonciation à une seconde instance (1) ». M. Laurent oublie « la différence qui sépare l'acquiescement du fait de ne pas exercer une voie de recours, et omet qu'on peut fort bien laisser passer en force de chose jugée une décision à laquelle il est interdit d'acquiescer (2) ».

Dans ses effets à l'égard de la femme, nous n'avons pas eu à distinguer si l'autorisation était accordée par le mari ou par la justice ; il n'en est plus de même pour les effets à l'égard du mari : les conséquences sont différentes selon l'autorité de qui elle émane.

Examinons en premier lieu l'autorisation donnée par le mari : en principe, elle n'engendre point d'obligation personnelle pour lui : « Elle n'a pour but et ne doit avoir pour résultat que d'effacer l'incapacité de la femme et de la rendre habile, soit à ester en jugement, soit à s'obliger envers les tiers (3). » Le mari ne devient pas partie à l'acte ; mais cet acte peut, à raison des conventions matrimoniales, avoir des conséquences pour les intérêts généraux de la famille et par suite pour le mari qui

(1) Laurent. *Op. cit.*, t. III, n° 149.
(2) Baudry-Lacantinerie. *Des personnes*, t. II, p. 776.
(3) Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 307.

les représente. Si les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens ou si, ayant adopté le régime dotal, la femme n'a que des paraphernaux, le mari, ne profitant pas des avantages, n'est pas tenu des charges résultant des actes passés avec son autorisation. Au contraire, sous le régime de communauté, soit légale, soit conventionnelle, le mari est tenu, sauf récompense des obligations contractées par sa femme qu'il a autorisée, car la communauté est censée profiter de ces actes (1) : la portée de l'obligation est limitée pour elle à son droit sur l'objet auquel l'acte se rapporte ; lorsqu'il s'agit de l'acceptation d'une succession purement immobilière échue à la femme ou de la vente d'un de ses propres sans garantie du mari, la communauté qui n'a qu'un droit de jouissance sur ces biens, peut perdre cette jouissance, mais à cela se borne la portée de l'acte. Cet effet est commun à tous les régimes qui donnent au mari la jouissance des biens de la femme (2).

Mais si l'autorisation est donnée par le juge, les conséquences des actes passés ne doivent être supportées ni par le mari, ni par la communauté, quand elle existe entre les époux. Cette règle est si générale qu'elle s'applique sans qu'on distingue, si

---

(1) Lebrun. *Communauté*, l. II, ch. I, sect. V, n° 15. — Bourjon. *Droit commun de la France*, tit. X, 4e partie, De la communauté, ch. VI, n° 28.

(2) L'obligation de la communauté a une cause civile, car elle dérive du contrat de mariage ; mais si la dette de la femme est commerciale, le mari peut être assigné devant le Tribunal de commerce. — Limoges, 11 décembre 1903. *Gazette du palais*, 17 décembre 1903. — *Contra :* Paris, 25 janvier 1895. D. 95. II. 230.

l'autorisation du juge est intervenue sur le refus ou à raison de l'incapacité du mari : quelles que soient les différences qui séparent ces deux hypothèses, dans les deux cas, le mari n'ayant pas consenti, ne doit pas être tenu, et la femme n'ayant aucun pouvoir sur la communauté, ne peut l'obliger ; ses créanciers ne peuvent s'en prendre qu'aux biens qui lui restent : or, le seul bien que lui laisse le régime de communauté, c'est la nue propriété de ses propres : c'est tout ce qu'elle peut engager.

A cette règle, l'article 1427 apporte deux exceptions, en permettant à la femme autorisée de justice d'obliger la communauté : 1° *pour tirer son mari de prison ;* 2° *pour l'établissement de ses enfants en l'absence du mari.* L'importance du premier cas a été bien restreinte par la loi du 22 juillet 1867, sur la suppression de la contrainte par corps : cependant l'emprisonnement pour dettes reste possible en matière pénale et l'article 1427 pourrait encore trouver son application dans l'hypothèse du paiement de la rançon du mari (1). S'il s'agit d'un enfant à établir, ce n'est qu'en cas d'absence du mari, que la femme peut obliger la communauté ; s'il est interdit, c'est au conseil de famille qu'incombe cette charge, sauf homologation du tribunal, conformément à l'article 511.

En dehors de ces deux hypothèses, on a voulu étendre les dispositions de l'article 1427 (2), en se basant sur ses termes mêmes : il y est dit, en effet,

---

(1) Guillouard. *Traité du contrat de mariage*, t. II, p. 307.
(2) Amiens, 26 juillet 1877. S. 77. II. 265.

que la femme a besoin de l'autorisation de justice, *même* dans ces deux cas, pour obliger la communauté : cela laisserait supposer qu'il est d'autres cas identiques. Mais la rédaction de l'article 1427 s'explique historiquement : l'ancien droit permettait à la femme d'agir seule pour tirer le mari de prison ; le but du législateur est d'exiger l'intervention de la justice, *même* dans ce cas particulièrement favorable, et notre texte n'en reste pas moins une disposition exceptionnelle qu'on ne saurait étendre arbitrairement.

Tels sont les effets de l'autorisation ; mais, pour que ces effets se produisent, il faut que l'autorisation subsiste : ce n'est pas un contrat, mais un acte de surveillance et par suite elle peut être révoquée si de nouveaux motifs semblent déterminants. Si le mari a le droit de retirer son consentement, du moins ne doit-il pas le faire d'une façon préjudiciable, par exemple en révoquant brusquement, par simple caprice, au risque d'exposer la femme à des pertes considérables : c'est une question à apprécier en fait. L'autorisation donnée par contrat de mariage n'en serait pas moins révocable, si elle ne se borne pas aux actes d'administration : il est, en effet, d'ordre public que le mari ne puisse abdiquer à tout jamais son autorité.

Le mari peut-il révoquer l'autorisation donnée par le juge ? Si elle est intervenue sur son refus, il y a eu contestation et sa seule ressource est de faire appel : toute autre solution rendrait illusoire l'intervention de la justice. Mais il peut révoquer l'autorisation accordée à raison de son absence ou

de son incapacité ; il semble étrange que le mari mette à néant un acte de justice, mais cela tient au caractère spécial de cet acte ; il ne s'agit que d'une décision rendue à sa place et la révocation pourrait intervenir par un simple acte extra-judiciaire, sauf à la femme à se pourvoir comme en cas de refus.

En tous cas, la révocation de l'autorisation ne peut porter atteinte aux droits acquis par des tiers : la femme étant régulièrement autorisée, ils n'ont commis aucune imprudence en contractant avec elle ; la révocation n'aura donc d'effet que pour l'avenir et encore faut-il que les tiers aient pu la connaître ; c'est au mari à la divulguer et il y aura encore là une question de fait.

---

## SECTION VI

### SANCTION DES RÈGLES RELATIVES A L'AUTORISATION

Dans les cas où la loi exige l'autorisation, les actes accomplis par la femme seule sont frappés de nullité ; il est cependant des hypothèses où cette solution paraît bien injuste : lorsque la femme a trompé celui avec qui elle a contracté en prenant la qualité de fille majeure ou de veuve, doit-on lui permettre d'invoquer la nullité ? Si elle s'est bornée à prendre une fausse qualité, celui qui a contracté

avec elle est en faute de ne pas s'être informé de sa capacité et une simple déclaration ne suffit pas à effacer la nullité. « Autrement il y aurait une voie ouverte d'éluder la loi qui ne permet pas aux femmes mariées de contracter sans autorisation, en leur faisant prendre la qualité de filles majeures ou de veuves (1). » Mais si la femme a employé des manœuvres frauduleuses pour se faire passer pour capable, si elle a produit un faux acte d'autorisation, un faux acte de décès de son mari, elle ne peut proposer la nullité : elle a commis un dol qui l'oblige à réparer le dommage causé et la réparation la plus exacte est le maintien de l'engagement lui-même (2). S'il s'agit d'une femme qui passait pour n'être pas mariée, la question de nullité est plus douteuse : d'une part, les incapables ne doivent pas pouvoir trop facilement, en cachant leur état civil, éviter l'incapacité ; mais il se peut aussi que l'erreur soit tellement unanime que les tiers n'aient eu aucun moyen de l'éviter. Il nous semble qu'une telle question doit se résoudre en fait ; si les tiers n'ont réellement pas pu connaître la véritable situation de la femme, « l'intérêt du commerce de la société civile (3) » impose le maintien des actes passés ; si, au contraire, il était parfaitement possible, en pre-

---

(1) Pothier. *Puissance du mari*, n° 54. — Cass., 6 avril 1898. D. 98. I. 305 ; S. 02. I. 460. — *Comp. :* Cass., 3 juin 1902. D. 02 I. 452 ; S. 02. I. 485.

(2) Cass., 28 mars 1888. D. 88. I. 361. — Paris, 27 avril 1891. D. 92. II. 135. — Trib. com. Seine, 8 juillet 1903. *Gazette du palais*, 03. II. 297.

(3) Pothier. *Op. cit.*, n° 28.

nant quelques renseignements, de se mettre au courant de l'incapacité de la femme, les actes doivent être annulés.

Dans l'ancien droit, cette nullité résultant du défaut d'autorisation était absolue et pouvait être proposée par tous les intéressés, car les anciens auteurs faisaient de l'autorisation quelque chose de sacramentel, intéressant l'ordre public. Aujourd'hui, le Code civil prend plutôt comme base l'intérêt général de la famille et la nullité n'est prononcée qu'autant que le contrat paraît désavantageux à ceux en faveur de qui l'autorisation est requise. De cette relativité de la nullité il résulte trois conséquences : 1° elle ne peut être invoquée que par certaines personnes ; 2° elle doit être demandée en justice et seulement pendant un certain délai ; 3° elle est susceptible de confirmation ou de ratification.

La nullité ne peut être invoquée que par ceux dont l'intérêt l'a fait établir, c'est-à-dire par ceux qui sont intéressés à la conservation du patrimoine collectif et familial. Au premier rang se trouve la femme elle-même ; l'acte la touche particulièrement et son droit d'agir en nullité vient de sa participation aux intérêts de la famille, qu'il s'agit de protéger. Toutefois, tant que dure le mariage, ce droit d'action ne peut être exercé sans autorisation : pendant le mariage, c'est le mari qui est plus spécialement chargé de veiller aux intérêts de la famille. Au contraire, le mariage une fois dissous, les intérêts se séparent, l'autorité maritale disparaît et le mari ne peut plus agir qu'en vertu de l'intérêt pécu-

niaire qu'il peut avoir personnellement à faire annuler l'acte (1).

Le droit que possèdent les deux époux de demander la nullité, reposant sur un intérêt pécuniaire, peut être exercé par leurs héritiers et par leurs créanciers ; pour ceux de la femme, cette solution est admise sans discussion ; au contraire, pour les héritiers du mari et surtout pour ses créanciers, un grand nombre d'auteurs refusent le droit d'action comme n'étant pas fondé sur un intérêt pécuniaire, mais bien sur un droit exclusivement attaché à la personne, sur son droit de puissance (2). Certainement les ayants cause ne seraient pas recevables à exercer l'action lorsque tel est son seul fondement ; pour qu'ils puissent agir, il faut un intérêt pécuniaire ; mais, si cet intérêt existe, il n'y a pas de motif de les empêcher d'invoquer la nullité (3).

L'annulation ne peut être réclamée par la partie qui a contracté avec la femme, ni par celui qui a cautionné son obligation (4). Celui contre lequel

---

(1) En cas d'annulation, l'équité oblige la femme à restituer ce dont elle a profité. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. V, § 472, note 23. — Tours, 21 janvier 1898. *Pandectes périodiques*, 98. II. 320 — Cass., 2 janvier 1901. D. 01. I. 16 ; S. 01. I. 192. — Tant que la femme refuse cette restitution, l'autre partie peut retenir ce que l'annulation du contrat l'oblige à rendre. — Cass., 26 avril 1900. *Pandectes périodiques*, 1900. I. 415.

(2) Demolombe. *Op. cit.*, t. IV, n° 342.

(3) Besançon, 14 mai 1890. D. 91. II. 101. — Cass., 28 février 1893. D. 93. I. 279.

(4) Sous l'ancien droit, malgré le caractère de nullité absolue de l'engagement contracté par la femme non autorisée, Domat (*Lois civiles des cautions*, sect. I, n° 3) déclarait le cautionnement valable. — *Comp.* : Lebrun. *Op. cit.*, l. II, ch. I, sect. V, n° 17.

plaide la femme non autorisée ne peut faire annuler les actes de procédure qu'elle a fait effectuer ; mais il a le droit de refuser le débat ou de demander la mise en cause du mari (1). Le tiers détenteur d'un immeuble que la femme a hypothéqué sans autorisation pourrait, à notre avis, invoquer la nullité, car c'est un créancier éventuel ; le système contraire priverait la femme de son action en nullité, car le tiers détenteur, obligé de payer la dette hypothécaire, aurait, à l'inverse de la caution, un recours qu'elle ne pourrait écarter.

Nous avons vu que la seconde conséquence du caractère relatif de la nullité est de limiter le délai dans lequel l'action est permise. Pour les actes extra-judiciaires, l'article 1304 du Code civil le fixe à dix ans après la dissolution du mariage (2) : les parties peuvent opposer la nullité en tout état de cause, mais elle ne peut être déclarée d'office par le juge, ni être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation. La loi n'ayant pas statué spécialement en notre matière au sujet des décisions judiciaires, il faut décider qu'elles ne peuvent être attaquées directement par voie d'action en nullité, car *voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements,* mais toutes les voies de recours ordinaires sont ouvertes, même le recours en cassation dans les délais de droit commun (3) ; dès lors que

---

(1) Cass., 4 novembre 1901. S. 03. I. 273. — Alger, 17 juin 1903. S. 03. II. 308.

(2) Remarquer : Pau, 14 juin 1898. D. 99. II. 141.

(3) Cass., 1er mai 1894. *Pandectes périodiques*, 94. I. 504 ; D. 94. I. 248. — Cass., 9 mars 1896. D. 96. I. 152.

le moyen tiré du défaut d'autorisation peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation, les juges devraient pouvoir le soulever d'office, car, si les parties ne l'invoquent pas, ils sont obligés de rendre un jugement qui, à leur connaissance, constitue une violation de l'article 215. Cependant la jurisprudence repousse cette conséquence (1) : il s'agit d'une nullité simplement relative et les intéressés sont libres de s'en prévaloir ou de ne pas l'invoquer. Le mari n'ayant été ni représenté, ni appelé pourrait agir par la tierce opposition (2), mais la requête civile ne nous semble pas possible, car elle se base sur la violation des formes de la procédure, tandis qu'il s'agit d'irrégularités procédant de l'incapacité d'une partie.

Quand les délais sont expirés, l'acte est inattaquable, la nullité est prescrite ; mais elle peut se couvrir plus tôt par une confirmation expresse ou tacite émanant de ceux qui peuvent agir (3). Si cette confirmation émane des deux époux, l'acte est parfait à l'égard de tous, car l'action éteinte à leur égard est éteinte pour leurs ayants cause : mais dans le cas où ceux-ci ont commencé à agir avant la confirmation, leur recevabilité reste indépendante des événements postérieurs et les actes des époux ne peuvent leur nuire.

---

(1) Cass., 6 avril 1898. D. 98. I. 305. — *Contra* : Trib. Seine, 12 avril 1893. D. 93. II. 469.

(2) Cass., 28 mars 1888. D. 88. I. 361 ; *Pandectes périodiques*, 88. I. 308.

(3) Cass., 25 mai 1886. *Pandectes périodiques*, 88. I. 346. — Cass., 8 décembre 1897. D. 98. I. 352.

Si la confirmation émane de la femme autorisée du juge, selon les principes généraux, elle n'a d'effet qu'à l'égard d'elle seule : elle ne peut enlever au mari l'action en nullité. Si la femme veut assurer définitivement un de ses actes malgré son mari, sa seule ressource est de le recommencer avec l'autorisation du juge.

Si la confirmation a été donnée pendant la durée du mariage par le mari seul, la nullité nous semble couverte d'une façon absolue : cette proposition, vivement discutée de nos jours, « ne paraît pas avoir été contestée dans les pays dont les coutumes se contentaient du consentement du mari, sans demander son autorisation expresse. Elle avait même fini par passer en jurisprudence dans les pays dont les coutumes requéraient l'autorisation du mari *ad formam negotii* (1) ». Sans doute, dans l'ancien droit, l'acte, frappé d'une nullité absolue, ne prenait naissance qu'au jour de l'autorisation (2) ; il n'y avait pas de ratification ; mais le Code civil n'admet plus la nullité absolue ; l'acte est seulement vicié : l'autorisation du mari purge le vice. L'autorisation est requise moins par protection pour la femme que dans l'intérêt collectif de la famille et le représentant de cet intérêt est le mari : c'est en faveur de l'unité de direction que l'acte est déclaré nul ; il serait contradictoire d'obliger à un accord pour confirmer (3).

(1) Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. V, p. 165, note 118.

(2) Pothier. *Op. cit.*, n° 74.

(3) *Contra :* Besançon, 28 février 1900. *Gazette du palais*, 1900. I. 470. — Bastia, 27 avril 1903. Le *Droit*, 12 juin 1903. — La solution

Au contraire, dès la dissolution du mariage ou même dès la séparation de corps, les intérêts des deux époux sont séparés ; ils ont des droits distincts et la renonciation de l'un d'eux au droit d'agir n'a d'effet qu'à son égard et ne saurait être opposé à l'autre. A ce moment, on ne peut plus chercher cette union qui fait la base de notre autorisation maritale ; la famille n'existant plus, ni l'un ni l'autre des conjoints ne peut valider l'acte au nom de l'intérêt collectif.

---

de MM. Aubry et Rau est admise expressément par plusieurs codes étrangers dérivant de notre Code civil. — Cass., Rome, 21 mars 1900. S. 01. IV. 7.

## CHAPITRE III

### La loi du 6 février 1893.

D'après le Code civil, la femme séparée de corps était, en principe, assimilée, au point de vue des intérêts pécuniaires, à l'épouse séparée de biens, et ne pouvait exercer sur ses propres qu'un simple droit d'administration, conformément à l'article 1449 du Code civil ; certains tribunaux profitaient de la façon vague, dont cet article est rédigé, pour chercher à étendre les droits réservés à la femme, mais sa liberté d'agir n'en était pas moins renfermée dans d'étroites limites ; pour tous les actes, ne rentrant pas dans la libre administration, elle restait soumise aux articles 215 et suivants du Code civil et devait se faire autoriser de son mari : ce n'était qu'après le refus dûment constaté du mari qu'existait la faculté de recourir aux tribunaux.

Cette solution n'avait pas toujours été admise en droit français : le vieux droit coutumier qui basait l'autorité maritale sur la nécessité d'une direction

unique, devait admettre une autre règle : au commencement du seizième siècle, la simple séparation de biens détruisant l'unité du ménage, libère la femme (1). C'est la règle générale que nous retrouvons dans la coutume de Paris (art. 224 et 234) ; la coutume de Montargis (chap. VIII, art. 6) précise même que la femme peut désormais aliéner ses biens. Après Guy Coquille (2) et Chopin (3), la jurisprudence évolue : Pothier cite un arrêt de 1586, qui impose l'autorisation à la femme séparée pour aliéner ses immeubles ; trois ans auparavant, la coutume d'Orléans a été réformée en ce sens : dès lors, les coutumes qui admettent les solutions de l'ancien droit, ne sont plus que des exceptions (4).

Ce revirement tient à l'influence envahissante du droit romain : l'autorité maritale change de base ; elle repose sur l'*imbecillitas sexus* et Lebrun assimile la femme séparée au mineur émancipé d'après le titre du Code de Justinien : « *De his qui veniam ætatis impetraverunt.* » Plus tard, Pothier repousse cette assimilation de la femme mariée et du mineur, mais il n'en admet pas moins l'incapacité de la femme séparée : la puissance du mari est maintenue, car elle dure autant que le mariage.

Le Code civil adopta la même solution : pour

---

(1) « Ergo simplex separatio bonorum reddit mulierem separatam a potestate viri. » — Dumoulin. *Commentaire sur l'article 232 de la coutume du Bourbonnais*, p. 386.

(2) *Commentaire sur la coutume du Nivernais*, ch. XXIII, Droit des gens mariés, art. 1er.

(3) *Commentaire sur la coutume de Paris*, art. 224 et 234.

(4) Pothier. *Puissance du mari*, nº 16.

exercer les droits ne rentrant pas dans ses pouvoirs d'administration, la femme, même séparée de corps, dut demander l'autorisation de son mari. Cette nécessité amena de graves abus dans la pratique : après la séparation, il ne saurait être question pour le mari de protéger sa femme, de veiller sur ses intérêts, de lui donner les conseils que lui dicte son affection ; après une lutte judiciaire souvent très ardente, il ne ressent plus pour elle que de l'indifférence ou de la haine ; l'autorité maritale n'est plus entre ses mains « une garantie pour la femme, une sauvegarde de la paix et de l'honneur du ménage, un élément d'unité dans la direction des affaires communes. Elle perd toutes ses raisons d'être pour devenir la source de blessures à la dignité de la femme (1). »

Certains maris refusaient, de parti pris, l'autorisation qui leur était demandée, quelque avantageux que fût l'acte projeté, et obligeaient ainsi à s'adresser à la justice, ce qui occasionnait des retards et des frais. D'autres spéculaient sur le besoin pressant qui pouvait pousser à une opération et se faisaient payer pour accorder leur consentement. D'autres, enfin, donnaient toujours l'autorisation sans examen et on ne pouvait leur reprocher de ne pas s'ingérer dans des affaires qui ne les regardaient plus. « Donnée par indifférence, refusée ou retardée par esprit de rancune, vendue à beaux deniers comptants par basse cupidité, l'autorisation mari-

---

(1) Flourens. *Rapport au Conseil d'Etat : Journal officiel*, 1886, Sénat, Documents parlementaires, p. 379.

tale n'avait plus aucune raison d'être, elle ne réalisait plus le but qu'avait poursuivi le législateur en l'instituant ; elle devait donc être supprimée (1). »

Une telle situation devait amener des conflits continuels et empêcher une réconciliation qui ne rencontre déjà que trop d'obstacles. Après le rétablissement du divorce par la loi du 27 juillet 1884, la femme était fatalement poussée à profiter de la nouvelle loi, qui lui rendait une personnalité complète et la faisait échapper à une situation intolérable : « On s'exposait ainsi à voir s'augmenter les cas de divorce dans des proportions dangereuses ou à faire des victimes volontaires de l'inégalité des lois (2). »

Ces considérations amenèrent le vote de la loi du 6 février 1893, rendant à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile. Cette loi, qui semble porter une première atteinte à l'institution de l'autorité maritale dans le Code civil, a été considérée par certains auteurs comme un résultat de cette « force puissante qui pousse tous les législateurs à reléguer bien loin les idées d'autorisation maritale, d'incapacité des femmes mariées et à consacrer l'égalité effective des deux sexes au point de vue civil (3) ». Le but du législateur a été tout autre.

Dès 1884, le Sénat était saisi d'une proposition de

---

(1) Emile Chrestien. *La capacité civile de la femme séparée de corps avant et depuis la loi du 6 février 1893*, p. 16.

(2) Krüg. *Le féminisme et le droit civil français*, p. 121.

(3) Sarrand. *La loi du 6 février 1893 sur la séparation de corps*, p. 119.

loi tendant à permettre à la femme séparée de demander directement l'autorisation de justice ; pour respecter l'autorité maritale, la requête de la femme devait être notifiée au mari avec mise en demeure d'intervenir ; au cours de la discussion, l'idée de la capacité pleine et entière de la femme séparée de corps commença à se faire jour : elle rencontra de vives résistances et, le 30 juin 1885, le projet fut renvoyé à l'examen du Conseil d'Etat.

Si l'on eût voté ce projet, il aurait fallu admettre que la femme est incapable, qu'en fait elle ne peut gérer seule ses intérêts : il ne s'agissait plus de puissance maritale que les tribunaux viennent modérer, la femme était placée directement sous la tutelle de la justice; sans parler des frais et des lenteurs qu'il aurait entraînés, ce système détournait les tribunaux de leur rôle, et, malgré tout, laissait subsister un des plus graves abus de l'ancien système, la femme pouvait toujours acheter le consentement de son mari. Aussi le Conseil d'Etat rejeta-t-il le projet de loi; il se prononça pour l'attribution à la femme séparée de corps, de sa pleine capacité.

La proposition revint au Sénat qui, le 20 janvier 1887, adopta une solution intermédiaire; il accordait à la femme, qui obtiendrait la séparation de corps contre son mari, la libre disposition de ses biens, tandis qu'elle était refusée à celle contre qui la séparation serait prononcée. Cette distinction, qui faisait de l'autorisation une peine, ne fut pas admise par la Chambre des députés; celle-ci adopta, sans discussion, au mois de juin 1892 le projet élaboré par le Conseil d'Etat, que le Sénat

vota le 27 janvier 1893 et qui forma la loi du 6 février 1893.

En ce qui touche l'autorisation maritale, cette loi porte dans son article 3, modifiant l'article 311 du Code civil : « La séparation de corps *a pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. S'il y a cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'article 1449. Cette modification n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été consentie par acte passé devant notaire avec minute, dont un extrait devra être affiché en la forme indiquée par l'article 1445 et de plus par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales.* »

Ainsi le nouvel article 311 du Code civil est aussi large et aussi *compréhensif* que possible : la femme séparée de corps est aussi indépendante de l'autorité maritale que si elle était divorcée. Elle peut *s'obliger* hors de ce qui concerne l'administration de ses biens; les tiers qui contractent avec elle ne sont plus obligés de surveiller ses actes postérieurs, conséquences du premier, pour s'assurer qu'elle ne perd pas de vue l'administration de ses biens. Elle peut *aliéner* ses meubles et ses immeubles, à titre onéreux ou à titre gratuit; elle peut grever ses immeubles de droits réels, car la loi ne pose aucune

exception à sa capacité. Elle peut *ester en justice,* le nouvel article 311 ne faisant aucune distinction entre les actes judiciaires et les actes extra-judiciaires : elle peut donc poursuivre ses débiteurs, les saisir immobilièrement, plaider sur les incidents, figurer dans une procédure d'ordre... tous droits qui lui étaient interdits avant 1893.

Cette capacité nouvelle, résultant de la séparation de corps, ne doit pas durer plus qu'elle ; si une réconciliation intervient entre les deux époux, il n'y a plus de raison de soustraire la femme à l'autorité maritale ; l'association de vie est rétablie, l'association des intérêts doit immédiatement reparaître, et le législateur aurait dû logiquement replacer la femme qui a repris la vie commune, dans la même situation qu'une épouse ordinaire, soumise à l'autorité maritale. Mais les intérêts des tiers étaient particulièrement menacés. Le Code civil n'établit aucune publicité effective pour la réconciliation des époux, tandis qu'au contraire la séparation de corps est légalement insérée dans les journaux : les tiers auraient traité avec la femme, la croyant toujours pleinement capable, et celle-ci, retombée sous l'autorité maritale, aurait pu faire prononcer la nullité des actes passés sans l'assistance de son conjoint.

Pour éviter ce danger, le nouvel article 311 prescrit certaines mesures de publicité, de façon à faire connaître la reprise de la vie commune ; si ces formalités n'ont pas été observées, la femme ne peut invoquer son incapacité à l'encontre des tiers. Ainsi il pourra arriver que la réconciliation soit publique et connue de tous, mais que, les formes légales de

publicité n'ayant pas été suivies, la femme ne puisse jamais se prévaloir du défaut d'autorisation ; et cependant il existe dans ce cas, entre les époux, cette association de vie sur laquelle on base l'autorité maritale. Cette singulière anomalie d'une femme mariée, vivant avec son mari et jouissant d'une complète indépendance au regard des étrangers, a paru à certains jurisconsultes une véritable monstruosité. Les féministes ont considéré comme un pas décisif vers l'égalité civile cette loi qui peut permettre à la femme de conserver une pleine capacité pendant la vie commune.

Sans doute, au point de vue théorique, il aurait fallu admettre que le rapprochement des époux fait retomber de plein droit la femme sous la dépendance du mari ; la réconciliation vient, sur ce point, neutraliser la séparation. Mais la pratique s'accommoderait mal de cette solution : à une époque où les transactions sont de plus en plus actives et nombreuses, le droit est naturellement porté à protéger les intérêts des tiers pour développer le crédit ; en vue d'éviter des fraudes, les formes de publicité se multiplient, l'état des personnes et des patrimoines se dédouble, il n'est pas à l'égard des tiers ce qu'il est pour les parties. C'est ce qui a lieu en notre matière, la séparation a été soumise à une large publicité, il doit en être de même de la réconciliation ; celle-ci met fin à l'indépendance de la femme, mais si on permettait de l'opposer aux tiers, tout en la laissant ignorer, ce serait, par respect des principes, donner une prime à la mauvaise foi ; personne ne voudrait contracter avec une femme

séparée de corps, car la sécurité est le premier élément de toutes les transactions.

Les travaux préparatoires de la nouvelle loi nous montrent bien que le législateur n'a pas voulu rompre avec la tradition ; le principe même du nouvel article 311, déclarant la femme séparée de corps complètement indépendante, n'est pas une atteinte à l'institution de l'autorité maritale, ni une tendance vers l'égalité civile des deux époux ; le législateur de 1893 n'a pas voulu innover, mais déduire des principes du droit civil une conséquence logique. Nous savons, en effet, que le projet tel qu'il a été voté a été élaboré au Conseil d'Etat, et voici comment s'exprimait M. Flourens, président de la section de législation, dans son rapport sur cette proposition de loi :

« La femme jouit, en France, de la plénitude des droits civils. Sur ce point, elle est placée sur un pied d'égalité absolue avec l'homme. Pas de tutelle perpétuelle, pas de conseil judiciaire, pas de fidéicommissaire. Sur quels motifs repose donc l'obligation pour la femme mariée, de se faire autoriser ? Est-elle présumée incapable de gérer sa fortune ? Evidemment non. Qu'elle devienne veuve, qu'elle obtienne le divorce, elle reprendra immédiatement le plein exercice de ses droits. Est-ce dans l'intérêt des enfants ? Pas davantage. L'absence d'enfants ou leur prédécès n'accroît en rien la capacité civile de la femme, pas plus que leur survenance ne la restreint. La raison d'être de l'autorisation maritale réside exclusivement (et sur ce point il n'y a pas de contestation) dans la nécessité d'assurer l'unité de

direction dans cette société de deux personnes qui se forme par le mariage et qui s'appelle l'association conjugale, unité indispensable à la paix et à l'honneur du ménage, comme à la bonne gestion des intérêts matrimoniaux...

» Il faut convenir que rien n'explique plus le retrait à une personne reconnue capable du plein exercice de ses droits, dès que cette unité de direction est devenue manifestement impossible, que les époux ont renoncé à tout ce qui constitue l'association de vie et d'intérêts, qu'ils se sont créé des domiciles distincts, qu'ils ont répudié jusqu'à la communauté du nom...

» La vérité est que l'incapacité civile de la femme n'a, et ne peut avoir, qu'une seule justification : l'avantage de concentrer entre les mains du mari la direction de la fortune entière de l'association conjugale, soit qu'elle appartienne au mari, soit qu'elle appartienne à la femme, soit qu'elle soit le patrimoine de la communauté ou de la société d'acquêts. Mais une fois cette unité de direction devenue impossible par le fait de la séparation de corps et de biens, la femme doit reprendre le plein exercice de sa capacité civile (1)... »

Ce rapport indique nettement le but de la loi : sans doute la base que M. Flourens donne à l'autorisation maritale n'est pas exactement celle que semblent avoir eue en vue les rédacteurs du Code civil : ceux-ci ressentaient encore l'influence

(1) *Rapport de M. Flourens au Conseil d'Etat : Journal officiel*, 1886, Sénat, Documents parlementaires, p. 380.

de l'invasion du droit romain au seizième siècle : en présence de deux doctrines distinctes, entre la tradition française de l'unité de direction et l'idée romaine de la faiblesse du sexe, ils prirent un système complexe et vague. La loi de 1893 revient aux anciens principes en rendant à l'autorisation maritale sa véritable base : elle introduit dans notre Code plus de logique et surtout plus de justice. Ce mouvement, loin d'affaiblir l'institution de l'autorité maritale, ne peut que l'affermir en diminuant ses abus.

## CHAPITRE IV

### Les législations étrangères.

L'autorité maritale établie en France par le Code civil ne resta pas confinée dans notre pays : elle gagna les peuples voisins et les victoires de Napoléon la portèrent en Belgique, en Hollande, dans une partie de l'Allemagne et de la Suisse, en Pologne, en Italie, en Espagne et en Portugal ; elle venait remplacer la tutelle perpétuelle des femmes, et fut reçue sans protestation. Elle répondait si bien aux tendances générales, qu'après la chute de Napoléon, elle fut maintenue par les peuples revenus à l'indépendance et que, de nos jours encore, le principe s'en est conservé dans presque tous ces pays. Mais une évolution s'est produite, tendant à restreindre les pouvoirs du mari : toutes les lois récentes, tous les Codes nouveaux consacrent une augmentation de capacité de la femme ; le même mouvement s'est manifesté plus vivement dans les pays qui ont échappé à l'influence du Code civil.

Ces progrès, plus ou moins rapides de l'émancipation de la femme, tiennent, soit aux différences de race et de tradition, soit à l'infériorité des législations anciennes, et les lois actuelles des peuples civilisés présentent des solutions qui s'échelonnent de la puissance maritale plus ou moins absolue à l'émancipation complète.

### BELGIQUE

Il est à remarquer que chez les nations les plus voisines de la France, la vitalité du principe de l'autorité s'est manifestée d'une façon particulière. La Belgique, la plus rapprochée de nous par la communauté de race tout autant que par les événements politiques, a conservé complètement les solutions du Code civil (1).

Cependant, des tendances se manifestent vers une réforme sur ce point : chargé par le ministre de la justice de Belgique de préparer un *Avant-projet de revision du Code civil,* M. Laurent s'est inspiré des idées qui avaient guidé Cambacérès dans son projet du 9 août 1793 ; son but est d'établir l'égalité absolue entre les époux, au point de vue des droits pécuniaires. Les parties ont toute liberté pour régler leurs conventions matrimoniales ; l'*Avant-projet* ne fait aucune mention des *droits appartenant au mari comme chef.* Sauf stipulation contraire, « la femme mariée est capable de contracter,

---

(1) Lehr. *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, p. 128.

d'aliéner et d'ester en jugement, quand elle a des propres dont l'administration et la jouissance lui appartiennent (1) ». L'administration des biens communs est répartie entre les deux conjoints : le mari doit toujours obtenir l'autorisation de sa femme ou celle du juge. Le concours des deux époux est exigé de même pour les actes de disposition touchant leurs biens propres : en cas de désaccord, l'affaire est portée en conciliation devant le juge de paix ; si celui-ci ne peut concilier les parties, le tribunal d'arrondissement décide, en chambre du conseil, « en prenant en considération l'intérêt de l'époux demandeur et celui de la famille (2) ». M. Laurent voudrait établir la république dans le ménage, en chargeant les tribunaux d'apaiser les querelles de famille.

### PAYS-BAS

Le Code néerlandais présente aussi des solutions semblables à celles de notre Code civil ; la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son autorisation écrite. Cette autorisation est présumée pour les engagements de la femme relatifs aux dépenses journalières du ménage (art. 164). La femme ne peut ester en justice sans

---

(1) Art. 211 de l'avant-projet.
(2) Art. 212.

l'assistance de son mari, même si elle est marchande publique (art. 165); mais, autorisée expressément ou tacitement à exercer un commerce séparé, elle s'oblige et oblige son mari, s'il y a communauté, pour tout ce qui concerne son commerce (art. 168) : dans tout autre cas, une autorisation générale ne vaut que pour les actes d'administration (art. 170). L'assistance du mari n'est pas nécessaire : 1° lorsque la femme est poursuivie en matière pénale ; 2° dans les instances en divorce et en séparation (art. 166); 3° lorsque la femme veut tester (art. 173).

Si le mari refuse l'autorisation, la femme peut s'adresser au tribunal d'arrondissement du domicile commun (art. 167); si, par suite d'absence ou pour toute autre cause, le mari est empêché de donner l'autorisation ou *s'il a un intérêt opposé,* c'est au juge du canton à le suppléer (art. 169).

Enfin la nullité résultant du défaut d'autorisation est relative et ne peut être opposée que par la femme, le mari ou leurs héritiers (art. 171) (1).

## ESPAGNE

L'Espagne est un des pays où la législation civile a été longue à se préciser : pendant les siècles de lutte contre les Maures, chacun des petits Etats qui se formèrent eut une coutume spéciale ; le pouvoir

(1) Lehr. *Op cit.*, p. 309 et suiv.

s'étant unifié, divers monuments législatifs marquent, dès le quinzième siècle, une tendance à coordonner la législation antérieure, mais ce mouvement était loin d'être terminé quand l'invasion française vint introduire de nouveaux principes, au début du dix-neuvième siècle ; après une réaction, on aboutit au Code de 1888-1889 qui suit les idées générales du Code civil français en ce qui concerne les droits de la femme mariée.

Celle-ci a besoin de l'autorisation maritale ou de l'autorisation de justice pour tous les actes de nature à causer un préjudice à l'association conjugale ; si le mari est interdit, la femme majeure peut cependant, dans une certaine limite, faire librement des actes de disposition relativement à ses propres biens. Mais toute cette théorie semble se rattacher plutôt à une idée de puissance maritale qu'à une idée de direction unique, car le mari seul et ses héritiers ont qualité pour réclamer l'annulation de l'acte : le mari peut ratifier même tacitement ; il a le droit de donner à sa femme pouvoir général d'agir ; l'autorisation étant dans son intérêt, on ne lui impose pas de surveiller chacun des actes de sa femme (1).

### RÉPUBLIQUES ESPAGNOLES D'AMÉRIQUE

Les droits de la femme mariée sont en général les mêmes qu'en droit espagnol : la femme a besoin de

(1) Lehr. *Eléments de droit civil espagnol*, t. I, p. 94

l'autorisation de son mari pour s'obliger, aliéner, recevoir ou ester en justice. Le juge doit suppléer quand le mari ne veut ou ne peut autoriser. La nullité pour défaut d'autorisation est relative comme en droit français.

Cependant ces règles ont, dans certains pays, reçu quelques atténuations : au Mexique, la femme n'a besoin d'aucune autorisation si le mari est interdit ou malade ; il en est de même si elle est séparée de biens et cette dernière solution est aussi admise au Chili et dans la République Argentine ; au Pérou, elle peut recueillir librement une succession par testament ou *ab intestat,* mais sous bénéfice d'inventaire seulement. Enfin, au Mexique et au Chili, la simple ratification du mari suffit à couvrir la nullité des actes passés sans autorisation (1).

PORTUGAL

Le Portugal a aussi conservé le principe de l'autorisation emprunté au droit français ; mais, depuis 1867, le Code civil portugais a augmenté le nombre des cas où la femme peut agir librement ; c'est ainsi qu'elle peut ester seule en justice, non seulement dans les actions criminelles dirigées contre elle ou dans ses procès contre son mari, mais aussi toutes les fois qu'il s'agit d'actes tendant exclusivement à la conservation de ses droits propres (art. 1192), ou

(1) Lehr. *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, p. 88, 144, 293 et 327.

d'actions relatives à un commerce qu'elle exerce avec l'autorisation de son mari (art. 1194). En outre, l'action en nullité provenant du défaut d'autorisation est éteinte : 1° en cas de ratification du mari ; 2° si elle n'a pas été invoquée dans le délai d'un an après la dissolution du mariage (1).

Le Code de 1867 a apporté une modification plus importante aux droits des deux conjoints, en exigeant l'adhésion de la femme aux actes d'aliénation des immeubles du mari (2). Ce système, comme celui de M. Laurent, dans son avant-projet de revision du Code civil belge, marque une tendance vers l'établissement d'un contrôle mutuel.

## ITALIE

La situation de la femme en Italie était restée pendant de longs siècles particulièrement dure : le mundium germanique, apporté par les Lombards, s'était maintenu même sur les filles et les veuves ; la Renaissance ramenant les institutions romaines, la tutelle perpétuelle fut organisée dans toute sa rigueur : on ne concédait à la femme qu'un patrimoine très restreint, que le régime dotal venait rendre inaliénable. Telle était encore la condition de la femme quand les conquêtes de Napoléon introduisirent notre Code civil en Italie ; la domi-

(1) Lehr. *Op. cit.*, p. 337.
(2) Lerolle. *La capacité de la femme mariée*, thèse, p. 185.

nation française dura assez longtemps pour laisser des traces profondes dans toute la péninsule (1) et, quand le Code civil italien fut voté en 1865, si on supprima l'obéissance due par la femme au mari, l'autorisation maritale fut maintenue. Cette institution fut considérée non comme une incapacité, mais comme un moyen de maintenir l'unité dans le mariage ; par suite la femme put se passer d'autorisation quand le mari mineur, interdit ou absent, fut empêché de la donner, et l'autorisation de justice n'eut plus à intervenir qu'en cas de refus du mari. Mariée sous le régime de la séparation de biens, la femme fut pleinement indépendante ; enfin l'autorisation générale donnée par le mari s'étendit non seulement aux actes d'administration, mais aussi aux actes de disposition des immeubles.

La femme parut encore trop dépendante et on posa que « la capacité est la règle, l'incapacité l'exception » ; ces exceptions sont encore nombreuses, mais la jurisprudence italienne tend à les restreindre de plus en plus (2).

### ALLEMAGNE

Le nouveau Code civil allemand conserve en principe l'autorité maritale : mais « décidé à maintenir,

---

(1) Le Code sarde de 1837 avait adopté toutes les solutions du Code français (art. 131-138).

(2) Morizot-Thibault. *L'autorité maritale*, p. 95 et suiv.

suivant l'idéal traditionnel, la dignité du mariage et la puissance du lien conjugal, le législateur de 1896 a cherché à concilier avec la prépondérance du mari, essentiellement exigée par ce but, la plus large reconnaissance possible des droits individuels de la femme (1) ». Le régime légal étant l'union des biens, qui donne au mari la jouissance du patrimoine de la femme, celle-ci ne peut aliéner la pleine propriété d'un de ses propres sans l'assentiment de son conjoint (art. 1363-1425). Mais à côté de ce patrimoine, certains biens échappent complètement à l'administration et à la jouissance du mari ; ce sont ceux que la femme s'est *réservés* par le contrat de mariage, ceux qu'elle a acquis par actes entre vifs ou par son travail séparément de son conjoint ; en ce qui concerne ces biens, la femme est absolument dans la même situation que si elle n'était pas mariée : elle peut les administrer, en disposer, contracter des obligations ou conduire des procès à leur sujet ; par contre elle en supporte exclusivement les frais et charges tant dans ses rapports avec son mari qu'à l'égard des créanciers (2). Tout le patrimoine de la femme peut lui être réservé ; en ce cas, elle est pleinement capable ; c'est le régime de la séparation de biens (art. 1426-1431).

Dans la législation allemande, la théorie de l'autorisation a donc une toute autre base que dans la nôtre ; en principe, ce n'est pas la femme qui par

---

(1) Gény. *Les biens réservés de la femme mariée*, p. 9.
(2) Gény. *Op. cit.*, p. 14.

suite de son mariage est tenue de se faire autoriser, ce sont certains biens qui sont soumis à la jouissance du mari, et qui, par suite, ne peuvent être aliénés sans son assentiment. Cependant pour certains actes exceptionnels, la loi impose l'approbation du mari : ainsi la femme ne peut faire le commerce, ni s'engager par un contrat de louage de services personnels sans l'autorisation formelle ou tacite de son conjoint.

### SUISSE

Le droit relatif à la célébration du mariage a été unifié pour toute la Confédération par la loi du 24 décembre 1874, mais les législations cantonales sont demeurées en vigueur en ce qui concerne les effets du mariage et, au point de vue de la situation des époux dans l'association conjugale, l'influence de notre législation se fait plus ou moins sentir selon les différentes parties de la Suisse.

Les cantons de la Suisse romande, les plus rapprochés de la France, ont conservé à peu près intact le principe de l'autorisation du mari : le canton de Vaud l'exige pour ester en justice, pour contracter une obligation, pour accepter une succession ou une donation : la justice peut suppléer en cas de refus non justifié ; toute autorisation générale est prohibée et la nullité ne peut être invoquée que par la femme, le mari ou leurs héritiers (art. 114 et suiv. du Code vaudois). Le canton de Neuchâtel, déjà moins soumis à l'influence du Code civil, consi-

dère l'autorisation comme une conséquence du régime de communauté, qui est du reste le régime légal ; sous tout autre régime « la femme mariée n'a pas plus besoin d'autorisation que si elle n'était pas mariée (1) ».

Les cantons de la Suisse centrale limitent l'autorisation : le Code civil bernois fait échapper à l'autorité du mari les aliénations et acquisitions concernant exclusivement les propres de la femme (art. 85).

Enfin les Codes du Nord-Est s'éloignent encore plus de la conception du Code civil français : le Code zurichois proclame bien que le mari est le chef de l'association conjugale (art. 585), mais il en fait le tuteur de la femme, qu'il représente vis-à-vis des tiers pour l'administration (art. 589) ; en revanche, la femme peut agir seule pour ce qui concerne ses propres (2).

### RUSSIE

La Russie est le pays qui présente en notre matière les législations les plus diverses.

Le Code baltique, encore imbu du droit primitif, pose des limites très étroites aux droits de la femme ; le mari en est le tuteur : en cette qualité, il a la disposition et l'administration de tout l'avoir du ménage, sauf les restrictions légales ou conventionnelles.

---

(1) Jacottet. *Annuaire de législation étrangère*, 1889, p. 762

(2) Lehr. *Op. cit.*, p. 417 et suiv.

Dans la Russie proprement dite, au contraire, les intérêts des époux sont complètement séparés : chacun des conjoints a, en principe, le droit d'aliéner et d'hypothéquer ses biens comme bon lui semble : toutefois, le mari, ayant droit à l'obéissance absolue de la femme, a naturellement prise sur les biens qu'elle possède et son assentiment est requis pour les actes importants.

Tout autre est le principe suivi par la loi polonaise ; bien que réunie par la force à un pays de traditions différentes des siennes, la Pologne a gardé le principe de la législation française : les lois du 23 juin 1825 et du 24 juin 1836 soumettent la femme à l'autorisation maritale pour les actes de la vie civile (art. 214 de la loi de 1836), pour faire ou accepter une donation, contracter une obligation sur les biens, aliéner ou hypothéquer ses immeubles (art. 485 et suiv. de la loi de 1825) (1).

### DANEMARK

Le Danemark présente une législation analogue au Code civil ; mais une loi du 7 mai 1880 a porté une première atteinte au principe : même sous le régime de communauté, la femme qui exerce une industrie spéciale peut disposer sans autorisation des produits de cette industrie (2).

---

(1) Lehr. *Op. cit.*, p. 371 et suiv.
(2) Lehr. *Op. cit.*, p. 158.

### SUÈDE

La Suède est plus avancée dans la voie de l'émancipation de la femme mariée : celle-ci peut agir en justice pour l'administration de ses propres (loi du 11 décembre 1874) ; elle peut s'obliger librement, même obliger la communauté (Rikeslag, ch. XI, § 3) ; mais elle ne peut faire aucun acte relativement à des immeubles, sans le consentement du mari (ch. XI, § 6) (1).

### NORVÈGE

La loi du 29 juin 1888, qui règle la situation des époux, assimile la femme mariée à la femme non mariée (art. 11), mais il peut y être dérogé par convention spéciale (2).

### ANGLETERRE

« Le mundium n'a préparé chez nous que l'incapacité de la femme mariée. En Angleterre, il avait fait plus et avait conduit à la disparition complète de la personnalité de la femme pendant le mariage (3). » Dès la célébration du mariage, la

(1) Lehr. *Op. cit.*, p. 393.
(2) Lehr. *Op. cit.*, p. 400.
(3) Glasson. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. IV, p. 185.

femme ne pouvait ni contracter avec son mari ou avec des tiers, ni agir en justice, ni même tester : aucune autorisation ne pouvait lui donner la capacité d'agir, car elle n'avait même plus de personnalité. Le mari devenait propriétaire des meubles de sa femme ; quant aux immeubles, il en avait l'administration, en acquérait les revenus, pouvait même concéder sur eux des droits d'usufruit, mais il ne pouvait les aliéner ; et, comme la femme, privée de personnalité, ne pouvait pas plus paraître dans un contrat que dans une action en justice, ces biens étaient en fait frappés d'inaliénabilité.

Cette situation ne pouvait durer, mais les Anglais aiment mieux tourner la loi que la changer et ils eurent recours au fidéicommis : avant le mariage, la femme remettait tous ses biens à un grevé, généralement au futur mari, qui s'engageait à la laisser en jouir perpétuellement ; une fois mariée, elle touchait ses revenus et faisait même des actes de disposition ; ces actes, juridiquement nuls, étaient en fait validés par la chancellerie. La jurisprudence des cours alla même plus loin : toutes les fois que des meubles parvenaient à la femme par succession *ab intestat,* le mari était obligé de lui en réserver une part, ordinairement la moitié.

Ce système, analogue à la séparation de biens, nécessitait des formalités coûteuses qui le rendaient accessible aux seules classes riches ; néanmoins, il resta en vigueur jusqu'au milieu du dix-neuvième siècle ; les pays de race anglo-saxonne avaient échappé à l'influence du Code civil français et personne ne se plaignait de l'inégalité existant entre les

sexes, quand Stuart Mill, dans son ouvrage sur l'*Assujettissement des femmes,* vint montrer que la maîtresse de chaque maison n'est qu'une esclave reconnue par la loi; il demandait pour les époux l'égalité, en répartissant entre eux, selon leurs aptitudes, les attributions résultant du mariage : en principe, le mari aura les occupations extérieures et la femme élèvera les enfants, mais les époux pourront intervertir les rôles par leurs conventions matrimoniales.

Sous l'influence de Stuart Mill, un mouvement féministe agita l'Angleterre : en 1857, un projet de loi fut déposé, tendant à assimiler la femme mariée à la fille majeure ; cette réforme trop radicale échoua, et, dans la loi sur le divorce, on se borna à protéger la femme abandonnée par son mari.

La question fut reprise en 1868 : on réclama de nouveau l'indépendance complète, telle qu'elle avait été adoptée dans certains états d'Amérique; les jurisconsultes s'effrayaient d'une telle innovation et proposaient d'emprunter plutôt à la loi française la séparation de biens judiciaire, pour maintenir l'union tant qu'elle serait possible. La discussion aboutit à la loi du 9 août 1870 : elle conférait à la femme la propriété exclusive des produits de tout travail qu'elle exercerait hors de la participation du mari et des sommes qu'elle placerait dans les caisses d'épargne ou les sociétés industrielles; elle eut en propre les biens meubles et les revenus d'immeubles échus par succession *ab intestat* et les legs ou donations inférieurs à deux cents livres ;

sur tous les autres points, son incapacité subsistait.

Aussi les féministes poursuivirent-ils leurs réclamations avec une ardeur croissante ; ils obtinrent enfin la loi du 18 août 1882 : dès lors, la femme reste propriétaire de tous les biens qu'elle possède à l'époque du mariage et de ceux qui lui adviennent par la suite ; elle peut en disposer librement ; elle a le droit de s'engager et d'ester en justice sans le concours de son mari ; en un mot, sa capacité reste telle qu'elle était avant le mariage.

Cette loi de 1882, préparée depuis longtemps par l'usage des fidéicommis, a amené la femme anglaise, jadis privée de toute personnalité et de toute vie juridique, à une complète indépendance : l'Angleterre n'a jamais connu d'institution analogue à notre autorisation maritale et cela ne saurait nous étonner, le caractère individualiste de la race anglo-saxonne ne la portant pas à renforcer les liens de la famille : nous en trouvons un autre exemple aux Etats-Unis d'Amérique.

### ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Nous retrouvons en Amérique le même courant, qui tend à une véritable séparation d'intérêts entre les conjoints ; mais, dans leurs réformes sur la condition civile de la femme, les Américains ont marché plus rapidement que les Anglais, car ils n'avaient pas, comme eux, à lutter contre un ensemble de traditions et du reste, « aux Etats-Unis,

toutes les lois tendent à la libre expansion de l'individu et on sacrifie l'esprit de famille sans la moindre hésitation (1) ».

Après la proclamation de l'indépendance, les Américains avaient maintenu les lois civiles, qu'ils avaient empruntées à la métropole : la femme privée de toute personnalité juridique, devait recourir au fidéicommis pour obtenir quelque capacité ; les Américaines ne songèrent pas tout d'abord à protester contre ces dispositions, « elles mettaient leur grandeur à se plier elles-mêmes au joug et non à s'y soustraire (2) », car jamais elles ne furent plus respectées ; mais, vers le milieu du dix-neuvième siècle, les protestations commencèrent ; la presse entraîna l'opinion et un mouvement de réforme se manifesta dans les lois.

L'Etat de Massachusetts entra le premier dans cette voie en donnant à la femme l'administration de son patrimoine. L'Etat de New-York, dès 1860, lui accordait une liberté à peu près complète : une seule restriction fut faite ; elle ne pouvait contracter avec son mari, ni plaider contre lui. Le mouvement gagna principalement les Etats de l'Ouest ; ceux de l'Est restèrent en général plus attachés aux traditions anglaises, tandis que la Louisiane conservait, en grande partie, le Code civil français, et que la Floride et le Texas s'inspiraient du droit espagnol. Il faut constater aussi qu'en fait, dans les

(1) Glasson. *Rapport sur le prix du budget*, 1899, p. VII, dans Morizot-Thibault. *L'autorité maritale*.

(2) Tocqueville, cité dans Morizot-Thibault, p. 103.

Etats qui ont établi l'indépendance complète de la femme, celle-ci n'a pas profité de la loi nouvelle et que le premier usage, que la plupart des Américaines aient fait de leur capacité, a été de donner à leurs conjoints le mandat de gérer leurs biens (1) : ainsi, le principal résultat de cette liberté est de priver la femme des garanties dont la loi française protège son patrimoine ; sa seule ressource est de révoquer le mandat, mais elle n'a aucun moyen d'échapper aux conséquences des actes déjà passés par son mandataire : elle ne s'en confie pas moins à son mari, par suite d'une tendance toute naturelle : quelle que soit son éducation, quelle que soit l'indépendance qui lui est conférée par les mœurs, la femme n'est pas faite pour se lancer seule dans les luttes de la vie.

### AUTRICHE

Le droit autrichien ne parle ni d'autorisation, ni de tutelle à raison du mariage : chaque époux reste à la tête de son patrimoine, sans aucun droit sur les acquisitions de son conjoint ; la liberté des conventions matrimoniales permet d'établir le ménage sur d'autres bases. Le seul cas où la loi subordonne la femme au mari, est celui où elle est mineure, mais elle lui est soumise comme mineure et non comme femme mariée : il n'y a là aucune idée d'autorisation maritale (2).

---

(1) Morizot-Thibault. *Op. cit.*, p. 108.
(2) Lehr. *Op. cit.*, p. 105.

BAS CANADA

Le Code civil de 1865 rappelle l'ancien droit français dans sa dernière évolution : la femme ne peut s'obliger ou ester en justice sans autorisation ; en cas de refus ou d'empêchement du mari, le juge peut donner l'autorisation ; la femme séparée de biens peut contracter librement quand il s'agit de simple administration. Toutes ces solutions sont celles du Code civil français, mais la législation canadienne s'en sépare sur deux points : 1° le mari mineur peut autoriser sa femme majeure ; 2° le défaut d'autorisation emporte une nullité absolue, que rien ne peut couvrir et que tous les intéressés peuvent invoquer : c'est la théorie de Pothier (1).

GRÈCE

La législation grecque, au contraire, nous ramène au dernier état du droit romain : la femme a deux sortes de biens, les biens dotaux et les biens paraphernaux ; les premiers étant soumis à la jouissance et à l'administration du mari, la femme n'a aucune capacité relativement à eux ; pour les paraphernaux, elle est à l'inverse libre d'agir librement, même d'ester en justice ; les seules restrictions sont, comme en droit romain, l'impossibilité du cautionnement et l'annulation des donations entre époux. Toutefois la femme ne peut exercer le commerce sans l'autorisation de son mari (2).

(1) Lehr. *Op. cit.*, p. 250 et suiv.
(2) Lehr. *Op. cit.*, p. 264.

# APPENDICE

## Principes de droit international privé.

La variété des règles organisant la condition de la femme mariée dans les diverses législations donne lieu, dans la pratique internationale, à des conflits assez nombreux. Prenons deux époux de nationalité étrangère résidant en France : quelle loi doit régir les effets juridiques de leur mariage ? Une Française ne peut échapper à l'incapacité, car il s'agit d'une institution que le législateur considère comme une base de la famille : c'est donc une règle d'ordre public et les étrangers, semble-t-il, doivent y être soumis. On a invoqué en ce sens l'autorité de Guy Coquille, qui donne comme fondement à l'incapacité la *bienséance* et la moralité publique (1).

(1) *Coutumes du Nivernais*, ch. XXIII, art. 1er, édit. de 1646, p. 233.

Mais il ne paraît pas que telle soit la raison véritable qui a inspiré la loi française : elle n'a évidemment eu en vue que des intérêts privés. « Et c'est le législateur dont les époux relèvent qui est le mieux placé pour déterminer la mesure dans laquelle ces intérêts doivent être protégés. L'Etat français est désintéressé dans la question : la loi française n'a pas qualité pour se substituer à la loi étrangère (1). » Sans doute la question touche à la constitution de la famille ; mais chaque pays l'établit selon ses mœurs et ses traditions. C'est donc à la loi personnelle seule qu'il appartient de déterminer l'étendue de la capacité de la femme mariée : l'article 3, § 3 du Code civil consacre cette solution pour les Françaises établies à l'étranger ; par réciprocité, la capacité des étrangères habitant la France doit être régie par leur loi personnelle Notre jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens (2).

Ainsi une femme étrangère peut sans autorisation, si sa loi nationale le lui permet, soit ester en justice (3), soit contracter une obligation (4) : une Italienne peut agir en vertu d'une autorisation géné-

---

(1) Weiss. *Droit international privé*, 2e édit., p. 493.

(2) Presque toutes les jurisprudences étrangères admettent le même principe ; cependant les Anglo-Américains appliquent la loi du domicile des époux : pour eux, ce n'est pas la nationalité qui détermine les droits, c'est l'établissement durable. — *Journal de droit international privé*, 1880, p. 187.

(3) Rennes, 7 février 1890. *Gazette du palais*, 90 II. 541. — Libourne, 26 mars 1896. *Pandectes françaises périodiques*, 97. V. 4. — Weiss. *Op. cit.*, p. 494, note 1.

(4) Chambéry, 9 janvier 1884. *Journal de droit international privé*, 1885, p. 180. — *Pandectes françaises : Répertoire*, vo Mariage, no 14144.

rale, conformément à l'article 134 du Code civil italien (1) ; une Portugaise séparée de biens peut librement disposer de ses propres (2). A l'inverse, la loi personnelle de l'étrangère peut restreindre plus que la loi française la capacité de la femme : une Espagnole ne pourra en France se porter caution de son mari, car le sénatus-consulte velléien est resté en vigueur en Espagne (3) ; la femme valaisane ne peut contracter valablement, quand les intérêts de son mari sont contraires aux siens, sans avoir suivi les formes spéciales prescrites par la loi de son pays (4).

La loi personnelle devra être appliquée non seulement pour fixer l'étendue de l'incapacité, mais pour déterminer ses conséquences : c'est elle « qui dira à qui il appartient de poursuivre la nullité des actes passés par la femme incapable, dans quel délai cette nullité doit être demandée et de quelle manière elle pourra se couvrir (5) ». Si cette loi permet de recourir à l'autorisation de justice, les tribunaux français auront qualité pour statuer sur ce point (6).

Jusqu'ici nous avons supposé que les deux époux ont la même nationalité, et par suite la même loi

---

(1) Paris, 17 décembre 1883. D. 85. II. 117.

(2) Paris, 14 novembre 1887. D. 88. II. 225.

(3) Weiss. *Op. cit.*, p. 494, note 5. — *Contra :* Cass., 17 juillet 1833. S. 33. I. 663.

(4) Trib. com. Seine, 10 mai 1886. Le *Droit*, 28 mai 1886 ; *Journal de droit international privé*, 1887, p. 183.

(5) Weiss. *Op. cit.*, p. 495.

(6) Paris, 13 juillet 1888. *Pandectes françaises périodiques*, 90. V. 36.

personnelle : s'il n'en est pas ainsi, si l'un des époux s'est fait naturaliser dans un autre pays, laquelle des deux lois doit-on appliquer au point de vue des pouvoirs de la femme ? « L'incapacité qui frappe cette femme est établie dans l'intérêt de son mari plus encore que dans le sien propre. Il semble donc que c'est à la loi personnelle du mari que la préférence doit être accordée en cas de conflit (1). » Mais un autre principe vient tempérer cette solution : le changement de nationalité d'un des conjoints ne peut porter atteinte aux droits privés de l'autre ; par suite la femme qui a conservé son ancienne nationalité ne peut être obligée de suivre la loi nouvelle de son mari : elle se soumettra à une législation ou à l'autre selon les avantages qu'elle en retirera : au contraire si c'est elle qui a changé de nationalité, le mari continuera à exercer les mêmes droits qu'auparavant (2).

---

(1) Weiss. *Op. cit.*, p. 499.

(2) Paris, 17 juillet 1876. D. 78. II. 1. — Cass., 18 mars 1878. D. 78. I. 201.

## CHAPITRE V

### Discussion du principe de l'autorisation maritale.

Dans la plupart des nations, « se dessine un mouvement de *droit commun législatif* en faveur d'une indépendance sérieuse attribuée à la femme mariée dans l'ordre des intérêts pécuniaires (1) ». Elle voit sa capacité augmenter dans tous les changements de législation : le Code italien, de 1866, limite les cas où l'autorisation du mari est nécessaire ; en Suède, la loi du 11 décembre 1874 laisse à la femme l'administration de ses propres pendant le mariage et lui permet d'ester en justice pour ce qui concerne ses biens ; le Code civil allemand restreint l'autorisation aux obligations entraînant des prestations personnelles ; les pays anglo-saxons ont même établi la capacité complète de la femme mariée, et cet exemple a été suivi, en 1888, par la Norvège.

La France n'a pas échappé à ce mouvement vers

(1) Gény. *Les biens réservés de la femme mariée*, p. 52.

l'indépendance de la femme mariée ; aucune loi n'est venue porter atteinte au principe de l'autorisation maritale, mais des réclamations se sont élevées, tendant à la réforme du droit des gens mariés ; la puissance du mari est attaquée de tous les côtés : les uns veulent maintenir l'unité des intérêts entre les époux, mais demandent pour la femme une plus large participation à la gestion commune ; les autres n'hésitent pas à réclamer pour la femme une pleine indépendance. Le 27 octobre 1895, M. Michelin déposait à la Chambre des députés la proposition suivante : « Article unique. L'incapacité légale de la femme mariée est abolie. L'étendue de sa capacité est déterminée par le régime matrimonial. Les articles 215, 217, 218, 219, 221, 222, 224 et 225 du Code civil sont abrogés ainsi que toutes les dispositions contraires à la présente loi (1). »

M. Michelin, considérant que « la loi française ne peut rester en arrière de la plupart des législations étrangères modernes », séduit par les bons résultats de l'émancipation de la femme dans les pays anglo-saxons, ne procède pas par étapes et demande immédiatement la suppression complète de la puissance maritale. Malgré un rapport sommaire concluant à la prise en considération de la proposition Michelin, nos législateurs semblent avoir perdu de vue cette question si grave pour les droits de la femme : c'est en vain que le congrès féministe international de 1900 a cherché à la leur rappeler, en émettant le vœu que *la femme soit dispensée de*

(1) *Journal officiel*, 1895, Chambre, annexe 1564, p. 1404.

*toute autorisation maritale ou de justice.* Aussi, les auteurs ont-ils continué à livrer de violents assauts à l'autorité maritale, répondant à l'appel de M. Viviani, rapporteur général de la section de législation du congrès de 1900 : « En face de la famille actuelle, telle que le Code la maintient, oligarchie étroite qui fait peser sur tous les membres une si lourde tutelle, nous avons dressé la famille nouvelle, telle que la justice la désire et telle qu'elle sera fondée demain... famille idéale, image rétrécie et cependant exacte de cette société de demain où tous les êtres auront une part égale de soleil, de bonheur et de pain. »

Le principal reproche que l'on fait à l'autorité maritale, c'est d'être dans son origine basée sur la force ; elle est fondée sur des souvenirs du droit romain et des temps barbares : à ces époques reculées, la faiblesse corporelle semble une cause d'incapacité ; cette idée s'atténue, mais elle se transmet au moyen âge ; quand la société se civilise, on ne songe plus à faire reposer sur la force la dépendance de la femme, mais l'idée de la supériorité intellectuelle de l'homme apparaît comme une transformation de la base première de l'autorité ; c'est de cette conception que le Code civil a subi l'influence : le législateur n'a vu dans la femme qu'un être frivole, incapable de gérer ses affaires ; telle est l'erreur principale qui est venue vicier toute la théorie des gens mariés et les auteurs du Code ont reconnu leur méprise en ne tirant pas toutes les conséquences logiques de la faiblesse intellectuelle de la femme, en reconnaissant toute

capacité à la fille majeure, en permettant à la femme d'administrer, comme tutrice, les biens de ses enfants ou de son mari interdit.

Nous n'insisterons pas sur ce point, car aujourd'hui personne ne songe à baser l'autorité maritale sur une prétendue supériorité intellectuelle de l'homme (1). « La femme n'est ni supérieure, ni inférieure à l'homme ; elle n'est pas davantage son égale : elle est autre. Aux différences de complexion organique qui distinguent naturellement l'homme de la femme, doit correspondre une différence de fonction engendrant une différence de droit entre les époux. Or, considérés en leur condition normale qui est le mariage, l'homme et la femme n'y tiennent point de la nature même rôle et mêmes attributions (2). » Du reste, c'est par suite d'influences étrangères que cette idée de *fragilitas sexus* a pénétré le droit français ; nos anciens coutumiers ne la connaissaient pas et, si le Code civil en porte l'empreinte, cela tient à ce que le droit de la fin du dix-huitième siècle n'avait pas encore pu s'en dégager pour revenir complètement à l'idée d'unité de direction, vrai fondement de l'autorité maritale.

Dans toute société, une autorité est nécessaire ; la société domestique n'échappe pas à cette règle : « Il y faut une autorité capable d'assurer l'unité de direction et de faire de la famille un tout, une société organisée et non un simple aggrégat d'indi-

---

(1) En 1829, le naturaliste Agassiz soutint à Munich une thèse où il démontrait même la supériorité de l'organisation intellectuelle de la femme. — Sécrétan. *Les droits de l'humanité*, p. 126.

(2) Turgeon. *Le féminisme français*, t. II, p. 103.

vidus, fruit d'un accouplement de hasard (1). » Quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux, quelque séparés que soient leurs patrimoines, il n'y a pas moins, en fait, par suite de la vie commune, une association : tout acte passé par l'un d'eux ne l'intéresse jamais seul et ses conséquences se font sentir pour toute la famille : si la fortune d'un des conjoints augmente, l'autre en profite indirectement ; si au contraire un des époux se ruine, le bien-être actuel du ménage est forcément diminué ; même hors de toute autre considération, l'avenir des enfants communs suffit à intéresser chaque époux à la prospérité de l'autre. Les deux conjoints sont égaux, mais, du moment que l'association existe, il faut une hiérarchie et le chef de cette hiérarchie est naturellement le mari ; pour maintenir l'unité de direction, il lui faut un moyen de contrôle sur les actes de la femme, et ce moyen, c'est l'autorité maritale : « Si vous la supprimez, il vous faudra rompre toute communauté d'intérêts entre les époux et exclure la femme de toute participation aux affaires du ménage, à moins pourtant que vous ne préfériez encore renverser les rôles et donner à la femme la suprématie (2). »

Cependant, les adversaires de l'autorisation maritale ne voient pas là un fondement suffisant de l'incapacité de la femme mariée ; sans doute l'union des époux entraîne une association de fait ; mais, à côté de la fortune commune, il y a la fortune propre

(1) Lerolle. *La capacité de la femme mariée*, p. 87.
(2) Gide. *La condition privée de la femme*, p. 471.

de chaque conjoint : les époux peuvent, par exemple, avoir adopté le régime d'une absolue séparation de biens; en dehors des actes relatifs aux intérêts associés, il y a des actes exclusivement relatifs aux intérêts personnels de la femme; c'est précisément pour ceux-là que l'autorisation maritale est exigée : la nécessité de l'unité de direction ne saurait légitimer une incapacité qui n'apparaît que dans les cas où l'association n'est pas en cause.

Du reste, toutes les familles ne sont pas identiques : pourquoi poser une règle uniforme au lieu de laisser les époux, seuls juges de leurs véritables intérêts, organiser librement l'association conjugale ? La cohésion de la famille est plus ou moins grande, et, si les conjoints sont désunis, ce n'est pas en obligeant la femme à obtenir l'autorisation du mari que l'on ramènera la paix dans le ménage. Cela est si vrai qu'une première atteinte a été portée au principe de l'autorisation par la loi du 6 février 1893 : en cas de séparation de corps, bien que le mariage subsiste encore, la femme a été libérée de l'incapacité que le Code civil a établie comme une conséquence de l'union conjugale.

Le législateur ne saurait en rester là : la théorie du Code civil ne répond plus aux besoins de notre société moderne. Jadis la femme restait enfermée dans la sphère des intérêts domestiques : il lui suffisait de pouvoir contracter pour les besoins du ménage en vertu d'un mandat tacite du mari. Mais, aujourd'hui, nous sommes loin du temps où la coutume de Bretagne disait que « femme si doit garder l'hôtel, le feu et les enfants ». La femme moderne a

quitté le foyer pour se lancer dans un grand nombre de professions en concurrence avec l'homme et ce fait tend à se généraliser de plus en plus ; la liberté d'action lui est nécessaire pour qu'elle puisse faire face aux besoins que lui impose cette situation nouvelle.

La disparition de l'autorisation maritale est même désirable pour la famille elle-même : l'exemple des pays anglo-saxons nous montre que l'émancipation de la femme, loin d'entraîner la ruine de l'unité conjugale, n'a fait que rendre la famille plus prospère : « Il ne paraît pas que les changements introduits par les fameuses lois de 1870 et de 1882 coïncident le moins du monde avec un affaiblissement de l'esprit de famille, et c'est même une chose curieuse à remarquer que les pays qui professent le plus grand respect pour le foyer domestique, ont été les premiers à réaliser l'émancipation totale de la femme dans les actes de la vie civile (1). »

Aussi certains novateurs n'hésitent-ils pas à réclamer l'indépendance absolue de la femme : l'incapacité ne fait qu'annihiler ses qualités ; si on l'habituait « à des exercices plus sérieux que le piano forte, à des visées plus hautes que la dentelle et le velours », M. Sécrétan pense qu'elle saurait rivaliser avec l'homme dans toutes les branches de l'activité humaine : les féministes ne vont pas jusqu'à demander, comme Platon, qu'elle apprenne

---

(1) Discours de M. Galopin, recteur de l'Université de Liège. Cité dans Leduc. *La femme et les projets de lois relatifs à l'extension de sa capacité*, p. 238.

même le maniement des armes ; ce qu'ils veulent pour elle, c'est la liberté : « La différence des sexes est naturelle et non juridique (1) » ; la femme est l'égale de l'homme ; comme son mari, elle a droit à la vie civile : c'est à ce résultat que tend la proposition de loi de M. Michelin.

Du reste, la liberté des conventions matrimoniales pourra atténuer les inconvénients de ce système ; si chaque époux veut jouir librement de sa fortune, si les conjoints désirent une indépendance complète au point de vue des intérêts pécuniaires, ils pourront adopter une séparation de biens absolue. Mais si, au contraire, la femme redoute de se trouver seule aux prises avec les difficultés de la vie civile, si son inexpérience des affaires ne lui permet pas de gérer sûrement sa fortune, rien ne l'empêchera d'accepter un contrat de mariage, attribuant au mari, en qui elle a confiance, des pouvoirs égaux de ceux qu'il tient aujourd'hui de la loi : l'égalité n'en sera pas moins respectée, car la femme aura la liberté de discuter, avant le mariage, la limite de ces pouvoirs. Il pourra même arriver que l'inverse se produise : si le mari n'est pas capable d'exercer la direction de la société conjugale, il est tout naturel que la femme, plus expérimentée, prenne sa place (2) ; les conventions matrimoniales seront la seule règle des droits des époux ; on pourra donc se laisser guider par les aptitudes de chacun et la prospérité de la famille sera mieux

(1) Sécrétan. *Les droits de l'humanité*, p. 65 et 121.
(2) Stuart-Mill. *L'Assujettissement des femmes.*

assurée par une règle librement discutée, que par une loi uniforme pour tous les ménages (1).

Quelque séduisant que soit ce système, nous ne pouvons accepter la suppression de l'autorisation maritale. D'abord est-il si vrai que ce n'est qu'un reste suranné du passé, dont le seul effet est d'arrêter l'initiative personnelle de la femme ? M. Gide constate « que les législations, où l'autorité maritale est le plus largement établie, sont précisément celles où la femme jouit en somme de la capacité la plus complète et des droits les plus étendus. Ce fait remarquable est la justification la plus éclatante de l'institution qui nous occupe (2). »

En effet, ce n'est pas en se posant en rivale de son mari, en réclamant l'égalité comme un droit, que la femme parvient à régner dans la maison : c'est par l'amabilité et la grâce qu'elle prend « sur son mari une domination d'autant plus réelle qu'elle est plus cachée », sans que cela inspire à ce dernier ni une inquiétude ni un regret. Il n'y a là aucune idée d'infériorité de la femme : elle a les mêmes droits que l'homme ; mais, du jour où elle se marie, les actes qu'elle passe n'intéressent pas rien qu'elle ; ils ont des conséquences pour toute la famille : c'est la différence capitale qui sépare la fille majeure de la femme mariée. Comme nous avons

---

(1) M. Legouvé (*Histoire morale des femmes*, l. III, ch. II), craignant l'inexpérience de la femme dans les affaires, voudrait la voir passer cinq ans sous la direction de son mari : après cet apprentissage, elle serait complètement capable dans la direction de sa fortune. Ce système est original, mais par là même bien peu pratique.

(2) Gide. *Op. cit.*, p. 469.

cherché à le montrer plus haut, les conventions matrimoniales ne peuvent séparer les époux au point de rendre les actes de la femme indifférents à l'avenir de la famille : l'union des personnes ne peut aller sans une union d'intérêts. La loi du 6 février 1893 résulte de cette idée ; du moment que la séparation de corps est intervenue entre les époux, l'association des intérêts a cessé d'exister et l'unité de direction est impossible. On ne saurait voir dans cette loi un premier coup porté par le législateur à l'institution de l'autorisation maritale : il est vrai que le mariage subsiste légalement ; mais, en fait, quelle différence entre la séparation de corps et la situation de deux époux, même le plus possible séparés de biens ! l'association vient de la vie commune et l'unité de direction ne peut durer plus qu'elle.

Quand il s'agit de choisir un chef de l'union, la loi consulte la nature : de tout temps, l'homme a paru plus apte à conduire et à gérer la société conjugale : sans doute, il peut arriver que la femme soit supérieure à son mari dans l'administration des biens, mais la liberté des conventions matrimoniales donnerait-elle toujours la direction au plus capable des époux ? « Voyez-vous des fiancés discutant leurs attributions hiérarchiques et leurs droits de prééminence avant d'entrer en ménage ? Quelle pomme de discorde ou quel marché de dupe ! Le plus épris sera toujours enclin à sacrifier ses intérêts (1). »

En outre, si la femme est plus intelligente, les

(1) Turgeon. *Op. cit.*, p. 167.

circonstances lui rendront en fait la suprématie que la loi lui dénie; la division des pouvoirs ne se fait qu'au cours du mariage tacitement, sans accord préalable.

Du reste, il est dangereux de séparer d'avance les intérêts des deux époux, en accordant à chacun d'eux une indépendance absolue dans l'administration de sa fortune ; il vaudrait mieux chercher, au contraire, à maintenir l'union. Mais on soutient que cette idée ne répond plus aux besoins de la société moderne, « que l'évolution de l'industrie et la division du travail, la rapidité des communications et surtout les progrès de l'instruction auront pour effet certain de déraciner peu à peu l'homme et la femme du sol et du foyer; que la bonne vie familiale d'autrefois est condamnée à disparaître sous la poussée des forces dissolvantes qui travaillent le monde, que la dislocation de la communauté domestique est fatale ; qu'en résumé, suivant un aphorisme tranchant répété à satiété, si la famille est le centre du monde actuel, l'individu sera l'unité sociale du monde futur (1) ». Un grand nombre de féministes se défendent de vouloir détruire la famille et prétendent seulement l'adapter aux idées modernes ; mais on est justement porté de nos jours, non seulement à augmenter l'indépendance personnelle, mais à arracher l'individu aux groupements naturels comme la famille : « L'homme isolé n'est pas un élément social, parce que, réduit à un seul terme, l'unité humaine est essentiellement

(1) Turgeon. *Op. cit.*, p. 458.

inerte (1) », de sorte qu'une fois les groupes détruits, la société changera de base et rien ne s'opposera à l'omnipotence absolue de l'Etat ; c'est la théorie socialiste qui aboutit à la destruction de la famille. Les féministes avancés ne craignent pas de pousser jusque-là les conséquences de leur système : selon l'expression de M. Turgeon, le féminisme *anti-matrimonial* considère que la liberté et l'égalité font de la lutte des sexes une suite inévitable de l'expansion individuelle : « Il revendique pour le cœur de la femme l'intégralité du bonheur, à l'encontre des préjugés et des lois (2) » ; ce bonheur intégral qui n'existera qu'en l'absence de tout lien [illegible] femme, c'est « l'amour libre ». [illegible], où le respect est, dit-on, si grand pour le foyer domestique, est pourtant le pays où ces idées se sont le plus répandues : la femme, libérée de toute autorité maritale, a revendiqué les droits politiques après les droits civils ; elle a déjà fait quelques conquêtes sur ce point ; mais cela ne lui suffit plus : « La littérature de l'amour libre a gagné chez nos voisins des plumes plus habiles et plus nombreuses et elle a même conquis l'un des meilleurs romanciers. C'est une menace pour l'avenir (3). »

C'est au nom de l'intérêt de la femme que l'on arrive à de pareilles conclusions ; et pourtant, parmi tous ceux que la destruction de la famille viendrait déraciner, la femme serait certainement

---

(1) Favière. *Réforme sociale 16 juillet 1903 : La femme et la famille*, p. 164.

(2) Turgeon. *Op. cit.*, t. II, p. 230.

(3) Morizot-Thibault. *L'autorité maritale*, p. 133.

bien plus atteinte que le mari : « C'est par la famille que la femme, comme élément social, comme agent de civilisation et de progrès, peut s'égaler à l'homme. Tout ce qui affaiblit la famille, la blesse dans son intérêt le plus direct (1). »

Certains auteurs ont cherché à éviter cette séparation des intérêts entre les époux, tout en respectant l'égalité ; pour cela, on reconnaîtra la capacité de chaque conjoint, mais on la limitera plus ou moins par un contrôle de l'autre : chacun sera, en principe, libre d'agir ; mais, pour les actes qui touchent aux intérêts collectifs de la famille, on « les subordonnera à l'assentiment des deux époux, ce qui identifierait la condition de la femme et celle du mari. En cas de désaccord, la justice interviendrait au mieux des intérêts en présence (2). » C'est le contrôle mutuel que Cambacérès avait admis pour régime légal dans son projet du 9 août 1793; c'est aussi l'idée qui a inspiré M. Laurent dans un *Avant-projet de revision du Code civil,* et le Code civil portugais de 1867 a marqué une tendance à entrer dans cette voie en exigeant le consentement de la femme aux actes d'aliénation du mari.

Ce système tient compte de l'étroite solidarité d'intérêts qui unit les époux; en se mariant, l'homme et la femme renoncent à une partie de leur liberté et contractent des obligations réciproques; le droit de chacun est limité par celui de l'autre et par l'intérêt de la famille. Cette réciprocité est parfaite-

(1) Favière. *Op. cit.*, p. 159.
(2) Beudant. *Cours de droit civil*, t. I, p. 480.

ment assurée par l'égalité qui règne entre les époux; la femme n'est pas moins que le mari intéressée à la prospérité du ménage: elle a contracté les mêmes devoirs, elle s'est soumise aux mêmes obligations, elle doit donc pouvoir donner son avis, elle a le droit de protéger les intérêts communs contre les imprudences du mari. Ainsi l'unité dans la direction des affaires existe, sans qu'on ait besoin de recourir à l'autorité despotique d'un des conjoints, souvenir des époques barbares; sans doute, les époux pourront se trouver d'avis différents; le plus souvent, ils arriveront à s'entendre, et, si cela n'est pas possible, la justice les départagera au mieux des intérêts de tous.

En outre, l'innovation ne serait pas aussi profonde dans notre droit qu'on pourrait le croire; grâce à l'hypothèque légale, la femme n'est-elle pas appelée à consentir toutes les aliénations d'immeubles de son mari? Les tiers n'exigent-ils pas souvent son intervention, même aux simples actes d'obligation du mari, pour ne pas être primés par elle en cas d'exécution forcée ? Il suffirait de généraliser l'intervention de la femme à tous les actes de disposition du mari pour établir l'égalité entre les conjoints.

Le principal reproche qu'on peut faire à ce système est de n'être pas pratique, d'être même irréalisable : théoriquement, il concilie les intérêts des époux, mais il ne ferait que paralyser leur action. Etendra-t-on le contrôle mutuel aux actes de disposition touchant des meubles ? Ce n'est souvent là qu'un acte d'administration; en tous cas, comment pourrait-on sanctionner l'exigence du concours des deux époux dans les aliénations mobilières, sans

entraver les affaires? Si on restreint le principe aux actes de disposition d'immeubles, il ne s'agira plus que d'une bien faible partie des biens des époux, et ce ne sera que la consécration de la pratique actuelle. En fait, l'obligation d'un accord pour toute opération amènera surtout des discussions, et ce n'est pas l'intervention continuelle de la justice qui pourra adoucir les conflits.

L'unité dans le ménage ne peut donc en réalité exister que si on donne la direction à l'un des conjoints, et c'est pourquoi l'autorisation maritale nous semble devoir être maintenue dans notre législation, mais des réformes n'en sont pas moins indispensables dans la théorie de l'incapacité de la femme mariée; cette théorie disparate, résultat de deux idées tout à fait différentes, ne peut subsister intacte, et M. Gide s'en est bien rendu compte, quand il propose, dans son *Etude sur la condition privée de la femme,* de faire disparaître du Code civil tout ce qui résulte en notre matière de l'idée de tutelle (1). Cette élimination tendait à s'opérer à la fin de l'ancien droit, mais la rédaction des codes, venant fixer les coutumes d'une façon définitive, arrêta le mouvement avant que notre droit ait pu se débarrasser complètement des traces de l'influence étrangère.

D'après le système de M. Gide, le mari n'intervient plus dans les contrats que souscrit la femme, pour parer à son inexpérience; quand il l'assiste, c'est en vertu du droit de contrôle que lui confère l'intérêt de la famille. Si on tire les conséquences de ce

(1) Ce système semble avoir inspiré la législation italienne.

principe, « elles ne vont rien moins qu'à introduire dans les dispositions du Code Napoléon trois modifications importantes : 1° supprimer la spécialité de l'autorisation ; 2° affranchir de toute autorisation la femme dont le mari est absent ou incapable ; 3° priver la femme qui a traité sans autorisation de l'action en nullité, et n'accorder cette action qu'au mari (1) ».

La femme n'étant pas un être inférieur, il est inutile de la soumettre à une surveillance étroite et permanente ; le mari est donc libre, s'il le juge à propos, de lui donner son autorisation pour toute une catégorie d'actes, même de lui accorder une autorisation générale pour toutes les opérations qu'elle voudra faire. S'il a confiance dans l'intelligence de sa femme, pourquoi l'obliger à donner chaque fois un consentement qu'il ne refusera jamais? S'il doit faire un long voyage, pourquoi l'empêcher de rendre à la femme sa pleine capacité? Ce qui fonctionne si bien en matière commerciale ne peut avoir de mauvaises conséquences en matière civile. Les autorisations générales, il est vrai, « tendent à mettre les femmes hors de la dépendance en laquelle les lois veulent que les femmes soient de leurs maris (2) ». Il faut donc éviter de la part du mari une abdication complète et perpétuelle de son devoir de surveillance : pour cela, il suffit d'établir que cette autorisation générale sera toujours révocable ; ainsi le mari pourra

(1) Gide. *Op. cit.*, p. 474.
(2) Pothier. *Puissance du mari*, n° 67.

continuer d'exercer sa surveillance, et, si la femme abuse de la liberté qui lui est conférée, il retirera son autorisation.

En second lieu, il faut supprimer l'autorisation supplétive du tribunal que la loi actuelle impose à la femme, quand le mari ne peut consentir; il y a, dans l'intervention incessante de la justice, une entrave inutile à l'activité de la femme et une source de frais qui grèvent les petits patrimoines quand la famille est déjà frappée par la disparition ou l'incapacité de son chef. Le Code permet de confier à la femme, tutrice de son mari interdit ou gérant la communauté en son absence, l'administration des biens de son conjoint ou des biens communs, il n'y aurait donc aucune atteinte à l'unité de direction dans la suppression de l'autorisation supplétive. Il devrait en être de même quand le mari est indigne d'exercer la puissance maritale; non seulement quand il subit une condamnation à une peine afflictive ou infamante, mais « lorsqu'il déserte le foyer ou déshonore la famille », il devrait être déchu et la femme « relevée de son incapacité et placée à la tête du ménage (1) ». Mais la minorité du mari ne devrait pas être un empêchement à ce qu'il autorise sa femme.

Enfin, du moment que la loi considère la femme comme assez raisonnable pour contracter, pour apprécier les conséquences de ses actes, elle devra lui refuser le droit d'agir en nullité : « N'est-il pas contraire aux notions les plus élémentaires de la

(1) Turgeon. *Op. cit.*, t. II, p. 169.

justice de permettre à une femme qui a contracté librement et en pleine connaissance de cause, d'attaquer elle-même son contrat ? La femme, j'en conviens, pourra dire au créancier : vous avez commis une insigne imprudence. Mais un tel langage, tenu à celui qu'on trompe et qu'on dépouille, ressemble trop à une mauvaise plaisanterie, et je ne crois pas qu'un tribunal pût l'entendre sans gémir sur l'iniquité de la loi (1). »

Une telle réforme aurait de grands avantages pratiques ; elle éviterait les frais inutiles que nécessite une trop fréquente intervention de justice, elle permettrait au mari qui s'absente, de confier à la femme toute la fortune des conjoints, elle ferait disparaître les anomalies qui existent dans le système actuel : « Elle consacrerait cette idée juste et trop obscurcie jusqu'ici dans nos lois qu'*à défaut du mari, la femme est en droit comme en fait le véritable chef de famille* (2). »

Au fond, ce ne serait pas une innovation dans notre droit, mais le retour aux anciennes coutumes du quinzième siècle ; il faut savoir revenir en arrière, quand on a dévié du bon chemin. Dans une institution qui touche aux mœurs, et par suite dépend du caractère d'un peuple, nous avons subi pendant quatre siècles l'influence néfaste d'une législation étrangère ; nous avons reçu d'elle l'idée païenne de l'infériorité de la femme qui ne s'accorde pas avec le génie français, car « les différences natives dans

(1) Gide. *Op. cit.*, p. 475.
(2) Lerolle. *Op. cit.*, p. 180.

les sentiments et les conceptions, ou plutôt dans la manière de sentir et de concevoir, propres à chaque race comme à chaque individu », créent avec le temps des frontières indestructibles qui divisent l'humanité « comme les monts et les mers séparent les pays ». Le libre-échange des idées et des sentiments qui, d'après Gœthe, doit contribuer au bonheur de l'humanité en la fondant en un tout harmonique (1), n'empêche pas chaque peuple de conserver son caractère et sa façon traditionnelle de sentir. « Où que nous allions, nous demeurerons la continuité de nos pères, nous bénéficierons de l'apprentissage séculaire que nous fîmes dans leurs veines, avant que d'être nés, et tandis qu'ils nous méditaient (2). »

---

(1) *L'Idée*, mai 1903. *Passim*, p. 228 et suiv.
(2) Maurice Barrès. *Leurs figures*, p. 229.

Vu :
P. LOUIS-LUCAS.

Vu :
*Le Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon,*
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer,
*Le Recteur de l'Académie,*
E. BOIRAC

# TABLE DES MATIÈRES


Pages

NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE . . . . . 1

INTRODUCTION . . . . . 5

CHAPITRE Ier. — *Les origines de l'autorisation maritale* . 9

CHAPITRE II. — *L'autorisation maritale dans le Code civil* . . . . . 35

Section Ire. — Son fondement . . . . . 35

Section II. — Cas où l'autorisation est requise. . . 40

Section III. — Comment intervient l'autorisation maritale . . . . . 63

Section IV. — L'autorisation de justice, . . . . . 74

Section V. — Effets de l'autorisation . . . . . 83

Section VI. — Sanction des règles relatives à l'autorisation . . . . . 91

CHAPITRE III. — *La loi du 6 février 1893* . . . . . 99

CHAPITRE IV. — *Les législations étrangères* . . . . . 111

APPENDICE : *Principes de droit international privé.* . . 130

CHAPITRE V. — *Discussion du principe de l'autorisation maritale* . . . . . 135


DIJON, IMP. JOBARD.

PENSER · AGIR
JOBARD · IMPRIMEUR · DIJON